الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

الجزء الرابع

النظريات الفقهية والعقود

دار الفكر

الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م
ط ١ ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م

سورية - دمشق - شارع سعد الله الجابري - ص.ب (٩٦٢) - س.ت ٢٧٥٤
هاتف ٢١١٠٤١ ، ٢١١١٦٦ - برقياً : فكر - تلكس Tx FKR 411745 Sy

الصف التصويري : على أجهزة .C.T.T السويسرية
الإفشاء (أوفست) : في المطبعة العلمية بدمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

الفقه الإسلامي وأدلته

تقديم

تقتضي طبيعة التدرج المنطقي الانتقال من الجزئيات إلى الكليات ، ومن الإفراد إلى التركيب ، ومن الأحكام الجزئية إلى النظريات العامة ، كما هو منهج الدراسة القانونية الحديثة . لذا كان لزاماً علينا البحث عن نظريات الفقه الإسلامي ، وما أكثرها ، بالرغم مما يكتنف ذلك من صعوبات استقرائية في تتبع أحكام المسائل الفقهية في بحار الكتب القديمة المترعة بالثروة الفقهية الضخمة ، التي تمتاز بخصوبتها ومرونتها وتغطيتها لاحتمالات متعددة ، لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث ، بل تفوقه أحياناً بالحرص على القيم الخلقية العالية والمصالح العامة .

وبدراسة طائفة من النظريات الفقهية ، يتجلى للمتأمل إحكام الربط بين الحكم الشرعي ومصدره والأصول أو النظريات الفقهية التي أدركها المجتهدون من مصادر الشريعة واتخذوها نبراساً لهم في الاجتهاد .

وقد أشرت لما يتفق مع القانون ويختلف فقهاً وقانوناً ، ودعمت الحكم الشرعي بدليله النقلي المعتمد على القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، أو بالدليل العقلي المتجه نحو رعاية المصلحة ودرء المفسدة .

هذا ... وقد بحثت في الأجزاء الثلاثة الأولى القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو « العبادات » .

وأتابع في هذا الجزء بحث القسم الثاني من الكتاب وهو أهم النظريات الفقهية

ومدى الاستفادة منها في القوانين الوضعية ، وذلك في فصول خمسة وملحق ، كما سأبحث في هذا الجزء أيضاً خمسة عقود من القسم الثالث وهو « العقود » .

أما موضوعات القسم الثاني أو فصوله فهي نظرية الحق ، الأموال ، نظرية الملكية ، نظرية العقد ، المؤيدات الشرعية ، أهم ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي .

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لإدراك عظمة الفقه الإسلامي وغناه وواقعيته وسداده ، لنعود إليه عند وضع القوانين عن جدارة وتقدير ، تاركين الاعتماد على الفقه الغربي ونظرياته وحلوله الغريبة عنا .

المؤلف

الفصل الأول

نظرية الحق

النظرية : معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة ، كنظرية الحق ، ونظرية الملكية ، ونظرية العقد ، ونظرية الأهلية ، ونظرية الضمان ، ونظرية الضرورة الشرعية ، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما سنبحثه هنا .

ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها ، وفق المنهاج القانوني الحديث ، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع ، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع . ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها .

وبذلك تختلف النظرية عن القاعدة الكلية مثل (المشقة تجلب التيسير) (والأمور بمقاصدها) في أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك . أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة .

ونوضح نظرية الحق في أربعة مباحث :

الأول ـ تعريف الحق وأركانه

الثاني ـ أنواع الحق

الثالث ـ مصادر الحق أو أسبابه

الرابع ـ أحكام الحق

المبحث الأول ـ تعريف الحق وأركانه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول ـ تعريف الحق :

الحق في اللغة العربية له معان مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب مثل قوله تعالى : ﴿ لقد حقَّ القولُ على أكثرهم ، فهم لا يؤمنون ﴾ أي ثبت ووجب . وقوله سبحانه : ﴿ ليُحِقَّ الحقَّ ويُبْطِلَ الباطِلَ ﴾ أي يثبت ويظهر . وقوله عز وجل : ﴿ جاءَ الحقُّ وزَهَقَ الباطِل ﴾ أي الأمر الموجود الثابت . وقوله تعالى : ﴿ وللمطلقاتِ متاعٌ بالمعروف حقاً على المتقين ﴾ أي واجباً عليهم .

وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد مثل قوله تعالى : ﴿ والذين في أموالهم حقٌّ معلومٌ ، للسائل والمحروم ﴾ ، كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى : ﴿ والله يقضي بالحقِّ ﴾ .

وأما عند الفقهاء فقد ورد تعريف للحق عند بعض المتأخرين فقال : الحق ، هو الحكم الثابت شرعاً [1] . ولكنه تعريف غير جامع ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء . فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكماً ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار ، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى . ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن .

---

(١) حاشية قمر الأقمار على شرح المنار للشيخ عبد الحليم اللكنوي ، أول مبحث الحقوق .

وعرفه بعض الأساتذة المعاصرين ، فقال أستاذنا الشيخ علي الخفيف : الحق ، هو مصلحة مستحقة شرعاً[1] . لكنـه تعريف بـالغـايـة المقصودة من الحق ، لا بـذاتيتـه وحقيقتـه ، فـإن الحق : هـو عـلاقـة اختصـاصيـة بين صـاحب الحـق والمصلحـة التي يستفيدها منه .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء : الحق : هو اختصاص يقرر به الشرع سلطـةً أو تكليفاً[2] . وهو تعريف جيد ؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينيـة كحق الله على عبـاده من صلاة وصيام ونحوهمـا ، والحقوق المـدنيـة كحق التملـك ، والحقوق الأدبيـة كحق الطاعة للوالد على ولـده ، وللزوج على زوجتـه ، والحقوق العـامـة كحق الـدولـة في ولاء الرعية لها ، والحقوق المالية كحق النفقة ، وغير المالية كحق الولاية على النفس .

ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين ، كحق البائع في الثمن يختص به ، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد ، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة ، فلا يسمى ذلـك حقـاً ، وإنما هو رخصة عامة للناس .

والسلطة : إما أن تكون على شخص كحق الحضانة والولاية على النفس ، أو على شيء معين كحق الملكية .

والتكليف : التزام على إنسان إما مالي كوفاء الدين ، وإما لتحقيق غاية معينـة كقيام الأجير بعمله .

وأشار التعريف لمنشـأ الحق في نظر الشريعـة : وهو إرادة الشرع ، فـالحقوق في الإسلام منح إلّهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يـدل عليـه ، فمنشـأ الحق هو الله تعـالى ؛ إذ لا حـاكم غيره ،

---

(١) مذكرات الحق والذمة : ص ٣٦ .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه : ف ٣ ص ١٠ وما بعدها .

ولا تشريع سوى ما شرعه . وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري ، إلا أنه منعاً مما قد يتخوف منه القانونيون من جعل مصدر الحقوق إلٓهياً وبالتالي إطلاق الحرية في ممارسة الحق ، منعاً من هذا الخطر ، قرر الإسلام سلفاً تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة ، فليس الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين ، والحق في الشريعة يستلزم واجبين :

واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له .

وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين .

المطلب الثاني ـ أركان الحق :

للحق ركنان : **صاحب الحق** وهو المستحق ، **ومحل الحق** : وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه . وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني ، أو الدين .

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين ركن ثالث : وهو المدين المكلف بالحق . ونوع التكليف إما أن يكون قياماً بعمل كأداء الدين أو الثمن ، أو امتناعاً عن عمل ، كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره ، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة . والمكلف قد يكون معيناً فرداً أو جماعةً كالمدين بالنسبة للدين ، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها .

صاحب الحق : هو الله تعالى في الحقوق الدينية ، والشخص الطبيعي (الإنسان) أو الاعتباري (كالشركات والمؤسسات) في الحقوق الأخرى ، الذي يتمتع بالسلطات التي يمارسها على محل الحق .

وتبدأ الشخصية الطبيعية لكل إنسان ببدء تكون الجنين، بشرط ولادته حياً ولو حياة تقديرية. ويعتبر حياً عند الحنفية بظهور أكثر المولود حياً، وتعتبر الحياة تقديرية عندهم في حالة إسقاط الجنين بجناية، كما لو ضرب شخص امرأة حبلى فأسقط جنيناً ميتاً، فإنه يرث ويورث.

وقال غير الحنفية: يشترط تمام الولادة لاعتبار الشخص حياً، وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً. وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري. واكتفى غير الحنفية في حال إسقاط الجنين ميتاً بأن الجنين تورث عنه الغرة فقط (وهي دية الجنين أو التعويض المالي الواجب دفعه بسبب الاعتداء على الجنين وقدرت شرعاً بـ ٥٠ ديناراً أو بـ ٥٠٠ درهم).

وتنتهي الشخصية الطبيعية بالوفاة الحقيقية (الموت) أو التقديرية كالحكم بوفاة المفقود أو الغائب الذي لا يعلم مكانه، ولا يدرى أهو حي أو ميت، وذلك بوفاة أقرانه في غالب الظن، أو ببلوغه تسعين سنة.

ولكن مع زوال الشخصية بالموت تظل ذمة الإنسان وأهلية وجوبه باقية افتراضاً بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق المتعلقة بتركته، وذلك للضرورة وبقدر الضرورة، كما سنبين في بحث الأموال والذمة المالية، فيتملك الميت ما باشر سبب ملكيته في حياته كنصب شبكة للصيد وقع فيها المصيد، ويضمن ما باشر سبب ضمانه، كالالتزام بدفع قيمة ما يقع من حيوان في حفرة حفرها في الطريق العام.

ويقر الفقه الإسلامي ما يسمى قانوناً: الشخصية الاعتبارية، أو المعنوية أو الشخصية المجردة عن طريق الاعتراف لبعض الجهات العامة كالمؤسسات والجمعيات والشركات والمساجد بوجود شخصية تشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في أهلية التملك وثبوت الحقوق، والالتزام بالواجبات، وافتراض وجود ذمة مستقلة للجهة العامة بقطع النظر عن ذمم الأفراد التابعين لها، أو المكونين لها.

والأدلة كثيرة على هذا الإقرار، سواء من النصوص أو من الاجتهادات الفقهية . فمن النصوص : الحديث النبوي : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم »[1] أي أن الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسري على جماعة المسلمين . ومنها نصوص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والتي تقضي بجواز رفع ما يسمى بدعوى الحسبة من أي فرد لقمع غش وإزالة منكر أو أذى عن الطريق ، وتفريق بين زوجين بينهما علاقة محرمة ، وإن لم يكن للمدعي مصلحة شخصية .

ومن الاجتهادات : فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص ، وقولهم : بيت المال وارث من لا وارث له ، واعتبار الحاكم نائباً عن الأمة في التصرف بالأموال العامة وفق المصلحة ، كما يتصرف الوصي بمال اليتيم . وهو نائب عن الأمة أيضاً في إبرام المعاهدات التي تظل نافذة رغم موته أو خلعه ، وفي تعيين الموظفين أو العمال الذين لا ينعزلون بموت الحاكم ، وفي إصدار الأحكام القضائية ، فلا يضمن القاضي الدية إذا أخطأ في قضائه في حقوق الله كقطع يد السارق بشهود زور، وإنما ضمانها في بيت المال .

ومن اجتهاداتهم : جواز تمليك الوقف والتزامه بما يجب عليه من حقوق للآخرين ، وجواز الوصية والوقف للمسجد ، واعتبار ناظر الوقف مجرد نائب عنه لا يتحمل شيئاً من ديون الوقف ، ويشتري للوقف ما يحتاجه ، ويدفع ثمنه من غلات الوقف . فالوقف هو المالك والدائن والمدين ، لا المتولي عليه . والناظر أمين على الوقف ، فلو خان مصلحة الوقف أو أساء التصرف إليه أو خالف شروط الواقف ، ضمن موجب فعله .

(١) رواه أحمد عن علي رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٧/ ٢٧).

المبحث الثاني ـ أنواع الحق

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة حسب المعنى الذي يدور عليه الحق، نذكر أهم هذه التقسيمات وأحكامها وما يترتب عليها من نتائج.

التقسيم الأول ـ باعتبار صاحب الحق

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع: حق الله، وحق الإنسان، وحق مشترك: وهو ما اجتمع فيه الحقان ولكن قد يغلب حق الله أو حق الإنسان الشخصي[1].

١ ـ حق الله تعالى (أو الحق العام):

وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة شعائر دينه، أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس. وينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، أي أنه هو حق للمجتمع.

مثال الأول: العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنذر واليمين وتسمية الله عند الذبح وكل أمر ذي بال.

ومثال الثاني: الكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود (حد الزنا والقذف والسرقة والحرابة وشرب المسكرات) وتعزيرات على الجرائم المختلفة، وصيانة المرافق العامة من أنهار وطرقات ومساجد وغيرها مما لا بد منها للمجتمع.

وتقسم حقوق الله تعالى عند الحنفية إلى ثمانية أقسام تعرف في أصول الفقه.

---

(١) راجع كتب أصول فقه الحنفية: التقرير والتحبير: ٢/ ١٠٤ ـ ١١١، كشف الأسرار: ٢/ ١٣٦، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥١ ومابعدها، حاشية نسمات الأسحار: ص ٢٥٩.

وأحكام حق الله تعالى هي : لا يجوز إسقاطه بعفو أو صلح أو تنازل ، ولا يجوز تغييره ، فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم . ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها .

ولا يورث هذا الحق ، فلا يجب على الورثة ما فات مورثهم من عبادات ، إلا إذا أوصى بإخراجها ، ولا يسأل الوارث عن جريمة المورث .

ويجري التداخل في عقوبة حقوق الله ، فمن زنى مراراً ، أو سرق مراراً ولم يعاقب في كل مرة ، فيكتفى بعقوبة واحدة ؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر والردع ويتحقق بذلك[1] . واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم ، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها ، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعاً من الفوضى وتثبتاً من وقوع الجريمة .

٢ ـ حق الإنسان (أو العبد) :

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص ، سواء أكان الحق عاماً كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال ، وتحقيق الأمن ، وقمع الجريمة ، ورد العدوان ، والتمتع بالمرافق العامة للدولة . أم كان الحق خاصاً ، كرعاية حق المالك في ملكه ، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع ، وحق الشخص في بدل ماله المتلف ، ورد المال المغصوب ، وحق الزوجة في النفقة على زوجها ، وحق الأم في حضانة طفلها ، والأب في الولاية على أولاده ، وحق الإنسان في مزاولة العمل ونحو ذلك .

وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه ، وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة ، ويجري فيه التوارث ، ولا يقبل التداخل ، فتتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة ، واستيفاؤه منوط بصاحب الحق أو وليه .

---

(١) البدائع : ٧/ ٥٥ ومابعدها ، ٨٦ ، المبسوط : ٩/ ١٨٥ .

٣ـ **الحق المشترك :** وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان : حق الله وحق الشخص ، لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو حق الشخص .

مثال الأول : عدة المطلقة ، فيها حق الله : وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط ، وفيها حق الشخص ، وهو المحافظة على نسب أولاده ، لكن حق الله غالب ؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع ، وهو حمايته من الفوضى والانهيار . ومثاله أيضاً : صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله ، فيها حقان ، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع . ومثاله عند الحنفية[1] حد القذف (وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا) فيه حقان : حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته ، وحق لله : وهو صيانة أعراض الناس وإخلاء العالم من الفساد ، والحق الثاني أغلب[2] .

وحكمه : أنه يلحق بالقسم الأول ، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب .

ومثال الثاني : حق القصاص الثابت لولي المقتول ، فيه حقان : حق لله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء ، وحق للشخص : وهو شفاء غيظه وتطييب نفسه بقتل القاتل ، وهذا الحق هو الغالب ؛ لأن مبنى القصاص على المماثلة ، بقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ والمماثلة ترجح حق الشخص .

وحكمه أنه يلحق بالقسم الثاني : وهو حق الشخص في جميع أحكامه ، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل ، والصلح معه على مال ، بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح ، فقال : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ، فاتباع بالمعروف ، وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ . وقال عز وجل : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ، إنه كان منصوراً ﴾ .

---

(١) فتح القدير: ٤/ ١٩٤، البدائع: ٧/ ٥٦، المبسوط: ٩/ ١١٣، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ١٨٩ .

(٢) وقال الشافعية والحنابلة وفي قول لمالك هو الأظهر عند ابن رشد: حد القذف حق خالص للمقذوف، لأن القذف جناية على عرضه، وعرضه حقه فالعقاب حقه.

تقسيم حق الشخص (أو العبد) :

ينقسم حق الشخص الخاص باعتبار أنه صاحب الحق تقسيمين آتيين :

الأول ـ حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط :

١ ـ الحق القابل للإسقاط : الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان ، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار . وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض .

٢ ـ الحق الذي لا يقبل الإسقاط : هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي ذكرناه وهي ما يأتي :

أ ـ الحقوق التي لم تثبت بعد : كإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلة ، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية ، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي ، وإسقاط الشفيع (الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع . كل هذا لا يسقط ؛ لأن الحق نفسه لم يوجد بعد .

ب ـ الحقوق المعتبرة شرعاً من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص : كإسقاط الأب أو الجد حقها في الولاية على الصغير ، فإن الولاية وصف ذاتي لهما لا تسقط بإسقاطها . ومثلها عند أبي يوسف : ولاية الواقف على وقفه ، تثبت له سواء شرطها أو نفاها ؛ لأنها أثر ملكه .

ج ـ الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته ، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة ، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية .

ومنها إسقاط مالك العين حقه في ملكها ، لا يقبل الإسقاط ؛ لأن معنى إسقاط حقه في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك ، فتكون سائبة لا مالك لها ، وقد

نهى الشرع عن السائبة التي كانت في الجاهلية بقوله تعالى: ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ... ﴾[1] [المائدة: ١٠٣]، فأصبح المبدأ المقرر: «لا سائبة في الإسلام». وعليه فإن العين في حكم الشرع لابد أن يثبت فيها وصف الملك لأحد من الناس، فإسقاط الملك حقه في ملكها يترتب عليه تغيير حكم الشرع الثابت، وهذا باطل إذ ليس لأحد من الناس ولاية تغيير حكم الشرع المقرر.

د ـ الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: كإسقاط الأم حقها في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقته، والمسروق منه حقه في حد السارق؛ لأن هذه الحقوق مشتركة، وإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقه، فليس له ولاية على إسقاط حق غيره.

الثاني ـ حقوق تورث وحقوق لا تورث:

اتفق الفقهاء على وراثة الحقوق المقصود بها التوثق كحبس المرهون لوفاء الدين، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الكفالة بالدين لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

واتفقوا أيضاً على وراثة حقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له.

وكذلك اتفقوا على إرث خيار التعيين والعيب؛ لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء. والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعاً للضرر والغبن.

واختلف الفقهاء في إرث خيار الشرط وخيار الرؤية وأجل الدين وحق الغانم في الغنيمة بعد الإحراز، وقبل القسمة:

---

(١) البحيرة: هي الشاة التي تلد خمسة أبطن خامسها أنثى. والسائبة: الناقة التي تسيب لآلهتهم فترعى حيث شاءت، ولا يأخذ لبنها إلا ضيف ولا يحمل عليها. والوصيلة: الناقة التي تلد ذكراً ثم أنثى، فيقولون: وصلت أخاها، فلم يذبحوا الذكر لآلهتهم كما كان مقرراً عندهم من ذبح الذكر وإبقاء الأنثى لهم. والحام: الفحل الذي يولد من ظهره عشرة أبطن (تفسير ابن كثير: ٢/ ١٠٧ وما بعدها).

فقال الحنفية : لا تورث الحقوق والمنافع ؛ لأن الإرث يجري في المال الموجود وهو الأعيان ، وهذه ليست أموالاً عندهم . أما الديون فما دامت في الذمة فليست مالاً لأنها أوصاف شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة ، وإنما يقبض ما يعادلها ، لكنها تورث لأنها مال حكمي : أي شيء اعتباري يملكه الدائن ، وهو موجود في ثروة المدين فالدين مال من حيث المآل .

وقال غير الحنفية : تورث الحقوق والمنافع والديون ؛ لأنها أموال ، ولقوله عليه السلام : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته ، ومن ترك كَلاً أو عيالاً فإلي »[1] .

التقسيم الثاني - باعتبار محل الحق

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي ، وإلى حق شخصي وحق عيني ، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد .

١ - الحقوق المالية وغير المالية :

الحقوق المالية : هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال أو المنفعة ، كحق البائع في الثمن ، والمشتري في المبيع ، وحق الشفعة ، وحقوق الارتفاق ، وحق الخيار ، وحق المستأجر في السكنى ، ونحوها .

والحقوق غير المالية : هي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص ، وحق الحرية بجميع أنواعها ، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق ، أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو الحبس ، وحق الحضانة ، وحق الولاية على النفس ، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية .

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة بلفظ : « مامن مؤمن إلا أنا أولى به في الدنيا والآخرة ، واقرؤوا إن شئتم : ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ فأيما مؤمن مات وترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا ، ومن ترك دَيْناً أو ضياعاً ، فليأتني فأنا مولاه » والضياع أي ذوي ضياع أي لا شيء لهم (نيل الأوطار: ٦/٥٧) .

٢ ـ الحق الشخصي والحق العيني :

الحق الشخصي : هو ما يقره الشرع لشخص على آخر . ومحله إما أن يكون قياماً بعمل كحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع ، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمغصوبات ، وحق الزوجة أو القريب في النفقة . وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة .

وللحق الشخصي عناصر ثلاثة : هي صاحب الحق ، ومحل الحق ، والمكلف أو المدين ، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة ، دون المحل وهو المال .

والحق العيني : هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات . فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته ، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني . مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه : وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله . وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور . وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين .

وللحق العيني عنصران فقط هما : صاحب الحق ، ومحل الحق .

خصائص الحق العيني والحق الشخصي :

يتميز كل من هذين الحقين بميزات وخصائص أهمها ما يأتي :

١ ـ حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي : لصاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغير واضع اليد عليها . فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي ، جاز لمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد .

أما الحق الشخصي : فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه .

وسبب التفرقة أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية ، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى . أما الحق الشخصي فمتعلق بذمة المكلف أو المدين ، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادته كما في الكفالة والحوالة .

٢ ـ حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني : يكون لصاحب الحق العيني حق الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن .

أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة كحالة التهمة أو الشك ، فتقدم ديون الصحة على ديون المرض ، وحالة الضرورة ، فتقدم نفقات التكفين والتجهيز على بقية الحقوق المتعلقة بالتركة ويقدم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على الديون العادية . وحالة رعاية المصلحة العامة فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية .

٣ ـ سقوط الحق العيني بهلاك محله : إذا هلك محل الحق العيني سقط الحق وبطل العقد . فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبض المشتري له بطل العقد ، وسقط حق المشتري في تسلم المبيع . وإذا احترقت الدار المؤجرة بطل عقد الإجارة ، وسقط حق المستأجر في الانتفاع بها .

أما إذا هلك محل الحق الشخصي فلا يسقط الحق ولا يبطل العقد ، فإذا هلكت أموال المدين ، فلا يسقط حق الدائن بالدين ؛ لأن الدين متعلق بالذمة لا بمال معين . وإذا هلك الشيء المسلم فيه في عقد السلم وجب على البائع (المسلَم إليه) تسليم غيره .

٣ ـ الحقوق المجردة وغير المجردة :

الحق المجرد أو المحض : هو الذي لا يترك أثراً بالتنـازل عنـه صلحـاً أو إبراء ، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنـازل . مثل حق الدين ، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه ، كانت ذمـة المـدين بعـد التنـازل هي بعينهـا قبل التنازل ، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار . وكذلـك حق الشفعـة إذا أسقـط الشفيع حقـه في الشفعـة ، كانت ملكيـة المشتري للعقـار بعـد التنـازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنـازل . ومثلـه حق المـدعي في تحليف خصمـه اليمين ، وحق الخيار ، والحق في وظائف الأوقاف .

والحق غير المجرد : هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه ، كحق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه ، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنـه ، فيتغير فيـه الحكم ، فيصير معصوم الدم بالعفو بعـد أن كان غير معصوم الـدم ، أي مبـاح القتل بـالنسبـة إلى ولي المقتول المستحق للقصاص ، ولكن برأي الحـاكم . ومثل حق استمتـاع الزوج بزوجتـه ، يتعلق بالزوجة ، ويمنعها من إباحة نفسها لغير زوجها بالعقد عليها ، فإذا تنـازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق ، استردت المرأة حريتها ، فتتزوج بمن تشاء[١] .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي :

الحق غير المجرد تجوز المعاوضة عنه بالمـال ، كحق القصـاص وحق الزوجـة يجوز لكل من ولي المقتول والزوج أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عن حقه بالصلح .

أما الحق المجرد : فلا يجوز الاعتياض عنه كحق الولاية على النفس والمـال وحق الشفعة ، وهذا رأي الحنفية ، ويجوز عند غير الحنفية أخذ العوض عنه .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ٣٨ .

التقسيم الثالث ـ باعتبار المؤيد القضائي وعدمه

ينقسم الحق باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه إلى نوعين : حق دياني ، وحق قضائي . فالحق الدياني : هو الذي لا يدخل تحت ولاية القضاء . فلا يتمكن القاضي من الإلزام به لسبب من الأسباب كالعجز عن إثباته أمام القضاء . وإنما يكون الإنسان مسؤولاً عنه أمام ربه وضميره . فالدين الذي عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعني أنه صار غير مستحق ، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه . والزواج العرفي غير المسجل في المحاكم الشرعية تكون فيه الزوجية ثابتة ديانة . وتترتب عليها الأحكام الشرعية من نفقة وثبوت نسب الأولاد وغير ذلك .

والحق القضائي : هو ما يدخل تحت ولاية القاضي ، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء .

وتظهر ثمرة التقسيم في أن الأحكام الديانية تبنى على النوايا والواقع والحقيقة . وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته . فمن طلق امرأته خطأ ، ولم يقصد إيقاع الطلاق ، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملاً بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة ، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكماً قضائياً . وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق ، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، وللمفتي إفتاؤه بذلك ؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع .

المبحث الثالث ـ مصادر الحق أو أسبابه

عرفنا سابقاً أن منشأ الحق أو سببه الأساسي أو غير المباشر : هو الشرع . فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق ، والسبب الوحيد لها ، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى ، كالأمر بالعبادات المختلفة ، والأمر بالإنفاق على القريب ، والنهي عن الجرائم والمحرمات ، وإباحة الطيبات من الرزق ، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسباباً مباشرة للحقوق .

وقد ينشئ الشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها النـاس ، كعقد الزواج ، فإنـه ينشئ حق النفقـة للزوجـة والتوارث بين الزوجين وغير ذلـك . وعقـد البيع ينشئ ملـك البـائع للثمن والمشتري للمبيـع . والغصب سبب للضمان عنـد هلاك المغصوب . وتعتبر العقود والغصب أسبابـاً مبـاشرة ، وأدلـة الشرع أسبـابـاً غير مباشرة .

والمقصود من الأسبـاب أو المصـادر في هـذا المبحث : الأسبـاب المبـاشرة ، سـواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة . فليس المراد من المصدر هنا : المصدر الآمر في إيجاب الالتزام ، إذ تكون عندئذٍ جميع المصادر مردهـا إلى الشرع أو القانون .

ومصـادر الحق بـالنسبـة للالتزامـات[1] خمسـة : هي الشرع ، والعقـد ، والإرادة المنفردة ، والفعل النافع ، والفعل الضار .

فالعقد كالبيع والهبة والإجارة . والإرادة المنفردة كالوعد بشيء والنذر . والشرع كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجـة ، والتزام الولي والوصي ، وإيجـاب الضرائب . والفعل الضار بالغير كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه . والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كأداء دين يظنه الشخص على نفسه ، ثم يتبين أنه كان بريئاً منه ، أو أداء دين الغير بأمره ، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير ، فيجوز لصـاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين ، لعدم استحقاق الآخر له .

ويمكن إدخال جميع هذه المصادر في الواقعة الشرعية . والواقعة الشرعيـة إمـا أن تكون طبيعية كالجوار والقرابة والمرض ونحوها ، أو اختيارية . والواقعة الاختياريـة إما أن تكون أعمالاً مادية ممنوعة وهي الفعل الضـار ، أو أعمـالاً مشروعـة من جـانب واحد وهي الفعل النافع ، وإما أن تكون تصرفات شرعية .

---

(١) الالتزام : هو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام .

والتصرفات الشرعية : إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة ، أو متعددة وهي العقد[1] .

ويلاحظ أن هذه المصادر هي الأسباب المباشرة للالتزام ، وأما المصدر غير المباشر لكل التصرفات الشرعية والأفعال المادية فهو الشرع .

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص الآتي بيانها في بحث نظرية الملكية .

قال الدكتور السنهوري : إنه يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للالتزامات أم بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين ، كما في الفقه الغربي أو القوانين الوضعية وهما : التصرف القانوني ، والواقعة القانونية[2] .

والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة . والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع .

ويلاحظ أخيراً أن الإقرار لا يعد منشئاً للحق ، وإنما هو إخبار بالحق على الرأي الراجح عند الفقهاء . كما أن قضاء القاضي لا يعد منشئاً للحق ، وإنما هو مظهر للحق وكاشف له ، إلا إذا قضى القاضي بشهادة زور ، ولم يكتشف الزور فيها ، فإن قضاءه يعد منشئاً للحق ظاهراً أي قضاء لا ديانة .

وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي بأن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً أو باطناً ، أو ظاهراً فقط ، وهي محل خلاف بين الفقهاء .

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء : ف ٤٩ ـ ٥٢ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري : ١ / ٦٩ .

المبحث الرابع ـ أحكام الحق

أحكام الحق : هي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه ، وأحكامه ما يأتي :

١ ـ **استيفاء الحق** : لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة .

أ ـ واستيفاء حق الله تعالى في العبادة يكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة إما في الأحوال العادية (العزيمة) ، أو في الأحوال الاستثنائية (الرخصة) مثل قصر الصلاة ، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، والتيمم بالتراب بدل الماء أثناء المرض أو فقد الماء ، والنيابة في الحج للعاجز عنه ، وإباحة النطق بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان حال الإكراه عليه .

فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة : فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذه الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية . وإن كان غير مال حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً ، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالمحن والآلام ، وفي الآخرة بالعذاب الأليم .

واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها ، فإن لم يكف الناس عنها ، كان حق الله إقامة العقوبة ، ويستوفيها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات ، وشيوع الفوضى وانهيار المجتمع .

ب ـ واستيفاء حق الإنسان (العبد) : يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه ، فإن امتنع من تسليمه : فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة ، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها ، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً ، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاؤه بنفسه ، وإنما بواسطة القضاء .

أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالاً من جنس الحق، ولم يترتب على الأخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر، فالمشهور عند المالكية والحنابلة أن صاحب الحق يستوفيه بواسطة القضاء[1]، لقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[2]، ولأن النبي ﷺ قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[3] فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

وقال الشافعية[4]: لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه، أم من غير جنسه، لقوله تعالى: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾، ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ والمثلية ليست من كل وجه، وإنما في المال. ولقوله عليه السلام: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»[5].

ووافق الحنفية[6] على رأي الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره، والمفتى به اليوم كما قال ابن عابدين جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، لفساد الذمم والمماطلة في وفاء الديون.

ويلاحظ أن هذا البحث المسمى فقهاً «الظفر بالحق» من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الديانية.

والخلاصة: أن من وجد عين حقه عند آخر مالاً أو عروضاً (سلعاً) وكان مماطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة،

---

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٣٣٥، القوانين الفقهية: ص ٣٥٩، المغني: ٨/ ٢٥٤ وما بعدها.

(٢) رواه الترمذي وأبو داود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.

(٣) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (نيل الأوطار: ٦/ ٣٢٣، سبل السلام: ٣/ ٢١٩).

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٦٢، المهذب: ٢/ ٢٨٢.

(٥) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سمرة بن جندب.

(٦) فتح القدير: ٤/ ٢٣٦، رد المحتار والدر المختار: ٣/ ٢١٩ وما بعدها، ٢٦٥.

عملاً بالحديث السابق: (من وجد عين ماله فهو أحق به)[1].

نوع المأخوذ: والأصل في استيفاء الحق أن يكون **بالعدل**، فلا يزاد عليه فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار كثمن دار وأجرتها وبدل قرض فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي.

وإن كان الحق مطلقاً غير محدد النوع أو المقدار، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة. ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها.

والدليل على استيفاء الوسط نصوص كثيرة قرنت بالمعروف أو العرف، مثل قوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلّمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾ وفي كفارة اليمين صرح باعتبار الوسط في قوله تعالى: ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم.. ﴾ والمراد بالأوسط: الوسط في نوع الطعام وعدد الوجبات. وعلى هذا فنفقة الزوجة والأقارب مقدرة بالوسط المتعارف عليه بالنص، وتجب زكاة الفطر من غالب قوت البلد: وهو الذي تعارف أهل البلد على تناوله.

ويجوز التعزير للممتنع عن دفع الزكاة بأخذ أعلى الحق الواجب، أو تغريمه الضعف، لقوله عليه السلام: «من دفعها مؤتجراً بها فله أجرها، ومن منعها فإنّا آخذوها وشطر ماله، عَزْمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى»[2].

التسامح في الاستيفاء والأداء: الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً،

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ١٨٨ وما بعدها ط أولى.

(٢) رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن بَهْز بن حكيم عن أبيه عن جده، بلفظ: «من أعطاها مؤتجراً فله أجرها، ومن منعها فإنا آخذوها، وشطر إبله، عَزْمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى..» (نيل الأوطار: ٤/ ١٢١ وما بعدها).

لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يثاب عليه فاعله، قال تعالى: ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، وأن تصدقوا خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون ﴾ والمراد بالتصدق في الآية: إبراء المدين من دينه.

وفي تنازل المرأة عن شيء من حقوقها أو كل مهرها، قال تعالى: ﴿ وآتوا النساء صدُقاتهن نِحْلة، فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً. وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم، إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عُقْدة النكاح ﴾ وفي التنازل عن حق القصاص قال تعالى: ﴿ ومن قُتِل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل، إنه كان منصوراً ﴾.

وهناك آية تقرر مبدءاً عاماً في التنازل عن الحقوق وهي قوله تعالى: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها، فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾.

٢ ـ **حماية الحق**: قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة من المؤيدات منها المسؤولية أمام الله، والمسؤولية المدنية، وتقرير حق التقاضي.

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله تعالى حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا. ولذا كثيراً ما بدئت آيات القرآن في التكاليف الشرعية بوصف الإيمان: ﴿ يا أيها الذين آمنوا ﴾.

وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة[1]: وهي الأمر بالمعروف إذا

---

(١) الحسبة: وظيفة إدارية للدولة مهمتها مراقبة الناس والأسواق وحماية الناس من الانحراف عن آداب الدين، ومن جشع التجار والصناع والغش والبيع بأكثر من ثمن المثل وعدم إجادة الصناعة، وخلاصة مهمتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وتشبه ما تقوم به البلديات الآن من مراقبة الأسواق وما تقوم به إدارة الأمن العام من مراقبة الآداب. وما تقوم به النيابة العامة من تقديم الجاني إلى القضاء.

ظهر تركـه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعلـه ، وهـو حـق ثـابت لكل فرد من أفراد الأمة ، وللمحتسب وهو والي الحسبة ، فله مطالبة تارك الصلاة والزكاة ، أو المفطر في رمضان بأداء مـا تركـه . ولكل مسلم رفع دعوى الحسبـة على المعـاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها .

وهكذا بقيـة حقوق الله تعـالى كالكف عن الجرائم تكون حمـايتهـا أيضـاً بوازع الدين وبالحسبة .

وأما حقوق الناس الخاصة (العباد) فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله أو عرضه أو دمـه ، وبـالمرافعـة إلى القضـاء لمطـالبـة من وجبت عليه .

وهكذا حمت الشريعة كل أنواع الحقوق الدينيـة والمـدنيـة ، الخـاصـة والعـامـة باحترام الحق لصاحبه ، وعدم الاعتداء عليه ، وبمعاقبة المعتدي .

٣ـ استعمال الحق بوجه مشروع : على الإنسان أن يستعمل حقـه وفقـاً لمـا أمر به الشرع وأذن به . فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليـه الإضرار بـالغير ، فرداً أو جماعةً ، سواء أقصد الإضرار أم لا . وليس له إتلاف شيء من أموالـه أو تبـذيره لأن ذلك غير مشروع .

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشـاء ، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء ، ولا أن يفتح في بنائـه نـافـذة تطل على نساء جاره ، لإضراره بالجار .

واستعمال الإنسان حقه على وجـه يضر بـه أو بغيره هو مـا يعرف بـالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي .

فإن مارس الإنسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتـداء على حق

الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً.

وتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة وحد صلاحياتهم كاغتصاب بعض الأموال، وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفاً في استعمال الحق، وإنما هو استعمال لغير الحق أو تجاوز عن الحق، المستوجب التأديب أو التعزير، فقد عزل عمر عمار بن ياسر عن ولاية الكوفة والمغيرة بن شعبة عن ولاية البصرة لما شكا إليه أهل الولايتين. وأنشأ عبد الملك بن مروان ولاية المظالم (كمجلس الدولة الآن) لمحاسبة الولاة والجباة وموظفي الدولة إذا ظلموا أحداً من الناس، أو تجاوزوا حدود سلطتهم أو صلاحياتهم.

أدلة حرمة التعسف : هناك أدلة كثيرة على تحريم التعسف منها ما يأتي :

١ ـ قال تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن، فأمسكوهن بمعروف، أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضِراراً لتعتدوا ﴾ نهى الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها، فنهى الشرع عنه، والنهي يفيد التحريم، فيكون التعسف حراماً.

٢ ـ قال تعالى بعد بيان أنصباء الورثة : ﴿ من بعد وصية يُوصى بها أو دين، غير مضار، وصية من الله ﴾ نهى الله تعالى عن الوصية الضارة بالورثة كالوصية لوارث أو بأكثر من الثلث، والنهي للتحريم، فيكون التعسف حراماً.

٣ ـ قال عز وجل : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ﴾ فقد أمر الله بالحجر على السفيه الذي يبذر ماله، إذ إنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعاً مستحقاً التأديب والحجر.

٤ ـ حديث السفينة في التضامن بإزالة المنكر[1] : أمر الرسول ﷺ بمنع من في أسفل السفينة من خرقها ، لما فيه من الضرر ، وهو هلاك الجميع ، ففعلهم يكون تعسفاً حراماً .

السبب في تحريم التعسف: هناك سببان في تحريم التعسف وهما :

أولاً ـ ليس لصاحب الحق حرية مطلقة في ممارسته ، وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير ، للنصوص الشرعية التي تمنع الإضرار بالغير وتحريم الاحتكار وبيع مال المحتكر جبراً عنه عند الحاجة ، وتحريم العدوان على الدماء والأموال والأعراض ، سواء أكان الضرر ناشئاً عن استعمال حق مشروع أم عن اعتداء محض .

ثانياً ـ نزعة الحقوق الجماعية : فلا تقتصر المصلحة المستفادة من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط ، وإنما تعود على المجتمع أيضاً ؛ لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب أن تبقى قوية استعداداً للطوارئ . بل إن للمجتمع في الظروف العادية نصيباً مفروضاً في المال الخاص عن طريق الزكاة والخراج والكفارات وصدقة الفطر وغيرها ، ونصيباً مندوباً إليه عن طريق الصدقات والوصايا والأوقاف وسائر وجوه الخير والبر . وهذا ما يعبر عنه اليوم باشتراكية الحقوق .

وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد ، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً ؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع ، واعتداءً على نفسه .

---

(١) أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال : «مثَل القائم في حدود الله والواقع فيها ، كمثل قوم استهموا على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها ، وبعضهم أسفلها ، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ؟ فإن تركوهم وما أرادوا . هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ، ونجوا جميعاً» .

قواعد منع التعسف في استعمال الحق :

القاعدة الأولى ـ قصد الإضرار : إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار بغيره لا المصلحة المنشودة من الحق ، كان استعماله تعسفاً محرماً ، ووجب منعه . والدليل على ذلك تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة ، والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، وسفر الزوج بزوجته بعيداً عن بلدها وأهلها إضراراً بها . ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم الباطلة للتشهير بهم . وإقرار مريض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين . وطلاق مريض الموت زوجته فراراً من ميراثها . فكل ذلك تعسف حرام ، وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر .

ويترتب على التعسف في هذه الحالة ثلاثة أمور: تأديب صاحب الحق المتعسف وتعزيره بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله ، وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال ، وتعويض الضرر من هذا التعسف . ويعرف قصد الضرر بالأدلة والقرائن .

القاعدة الثانية ـ قصد غرض غير مشروع : إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق ، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع ، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، ولا يقصد به الزواج الدائم ، واتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة ، ومنه بيع العينة : وهو شراء شيء بثمن مؤجل ثم بيعه لنفس البائع الأول بثمن فوري أقل من الثمن الأول ، قاصداً به الربا ، فذلك كله تعسف حرام ، لقوله عليه السلام : « لعن الله المحلل والمحلل له »[١] وقوله : « يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع »[٢]

---

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وأبو داود وابن ماجه عن ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلّل والمحلّل له» (نيل الأوطار: ٦/ ١٣٨).

(٢) حديث مرسل، صالح للاعتضاد به بالاتفاق، وله من المسندات ما يشهد له، وهي الأحاديث الدالة على تحريم العينة، استدل به الأوزاعي ورواه (نيل الأوطار: ٥/ ٢٠٧).

ولنهيه عليه السلام عن بيع العِينة صراحة[1].

ومنه إسلام الزوجة غير المسلمة بقصد الإرث من زوجها ، وهبة المال قبيل الحول بقصد إسقاط الزكاة الواجبة .

وقد أخذت هذه القاعدة من مبدأ « سد الذرائع » وما يتفرع عنه من بطلان الحيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام أو تحريم الحلال أو إسقاط الواجب .

وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر أيضاً كالقاعدة الأولى ، ويعرف ذلك بالأدلة والقرائن التي تعين القصد .

القاعدة الثالثة ـ ترتب ضرر أعظم من المصلحة : إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه ، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه ، أو يساويها ، منع من ذلك سداً للذرائع ، سواء أكان الضرر الواقع عاماً يصيب الجماعة ، أو خاصاً بشخص أو أشخاص . والدليل على المنع قول الرسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار»[2] وعلى هذا فإن استعمال الحق يكون تعسفاً إذا ترتب عليه ضرر عام ، وهو دائماً أشد من الضرر الخاص ، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو لضرر المستحق . أما إذا كان الضرر أقل أو متوهماً فلا يكون استعمال الحق تعسفاً .

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بجماعة : الاحتكار : وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه . وهو ممنوع للحديث النبوي :

---

(١) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر بلفظ «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم» (نيل الأوطار: ٢٠٦/٥).

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه .

« الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » « لا يحتكر إلا خاطئ »[1] .

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشراؤها بثمن أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع . وهذا حرام لأن النبي ﷺ نهى عن تلقي الركبان[2] .

ومنه بيع السلاح أثناء الفتنة ، وبيعه لقطاع الطرق ، وبيع العنب للخمار ، وبيع السلع بأكثر من ضعف القيمة ، فذلك يضر الجماعة ، فيمنع التاجر منه ، ولولي الأمر عند الحنفية والمالكية تسعير السلع بالربح المعقول . فإن أبوا من ذلك بيعت السلع جبراً عنهم .

كذلك لولي الأمر منع الناس من زراعة المخدرات ، وزراعة أشياء لا تحتاج إليها الأمة أو تحتاج إلى غيرها .

ومثال الضرر الخاص الأشد : فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر . وقد منع الرسول عليه السلام سمرة بن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله[3] ؛ لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله .

ومثال الضرر الخاص المساوي للمصلحة : أن يفعل مالك الدار فيها شيئاً يتضرر به جيرانه . رأى أبو حنيفة منعه من ذلك دفعاً للضرر الذي يصيب غيره ، والضرر يجب رفعه لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار» .

---

(١) الحديث الأول ضعيف رواه ابن ماجه عن عمر، والحديث الثاني صحيح رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار: ٥/ ٢٢٠).

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن ابن مسعود بلفظ «نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع» ولفظ البخاري عن ابن عباس «لا تلقوا الركبان» (نيل الأوطار: ٥/ ١٦٦، سبل السلام: ٣/ ٢٠ـ ٢١).

(٣) رواه مسلم ومالك وأحمد وابن ماجه (شرح مسلم: ١١/ ٤٧).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمنع صاحب الحق حينئذ من استعمال حقه مراعاة لحق المالك، لتساويهما في الضرر، فيرجح حق المالك عملاً بما يبيحه له ملكه من استعمال وانتفاع.

ومثال الضرر القليل: بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، مما يترتب عليه حجب الهواء عن جاره، لا يمنع منه المالك ولا يكون تعسفاً؛ إذ لابد من مثل هذا الضرر القليل عادة أثناء الانتفاع بالحق.

ومثال الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية، لا يمنع منه الإنسان؛ لأن الضرر هنا متوهم، فالله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ﴿ ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض، ولكن كذبوا، فأخذناهم بما كانوا يكسبون ﴾. وقال سبحانه في شأن أهل الكتاب: ﴿ ولو أنهم أقاموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليهم من ربهم، لأكلوا من فوقهم ومن تحت أرجلهم، منهم أمة مقتصدة، وكثير منهم ساء ما يعملون ﴾.

وأساس هذه القاعدة: هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق.

القاعدة الرابعة ـ الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير: إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ويضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر، فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرناً يتأذى الجيران بدخانه، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

وبناء عليه: من يشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان.

وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقياً عادياً، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان، وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير[1].

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد. وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلم له، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار، وحرارة الكهرباء.

القاعدة الخامسة ـ استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ: إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت، فأضر بالغير، وهذا ما يعرف بالخطأ، كان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.

---

(١) الهداية: ٣/ ١٩٧، المهذب: ١/ ٤٠١.

أو كان خطأ في الفعل ، كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد ، فانحرفت وأصابت إنساناً ، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته .

فذلك كله إساءة في استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير ؛ لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه أو الاحتراس في كل من القصد والفعل ، فإذا قصر في ذلك تحمل نتيجة فعله صوناً لدماء الناس وأموالهم .

والدليل أن الله تعالى أوجب تعويض الضرر في القتل الخطأ بالدية ، ومنع النبي من الضرر في الحديث المتقدم : « لا ضرر ولا ضرار » ولا سبيل إلى رفع الضرر بعد وقوعه إلا بإيجاب الضمان أو التعويض .

ومجال هذه القاعدة هو الضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق ، سواء أكان هذا الحق ثابتاً بإذن الشارع ، أم بالعقد أم بغيرهما من مصادر الحق ؛ لأن استعمال الحقوق مقيد بشرط السلامة كما يقرر الفقهاء[1] ، ولأن أموال الناس ودماءهم معصومة لا تهدر بحال ، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها .

وأساس هذه القاعدة حصول الضرر ، سواء أكان قليلاً أو كثيراً .

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين :

الأولى ـ إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز أو التثبت عادة ، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد ، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس ، لا يكون ضامناً .

الثانية ـ إذا اتخذ الشخص الاحتياطات ، ومع ذلك وقع الضرر ، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه ، ووضع لافتات على أرضه بعدم

(١) الهداية : ٤/ ١٥٤ وما بعدها .

الدخول ، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه . كما لا ضمان على من سلك طريقاً مخوفاً أو فيه سباع فوجد مقتولاً ، لا تجب ديته[1] .

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

حوادث السير بدون قصد من قتل وإتلاف مال ، وما يترتب على ممارسة حق التأديب للزوج والمعلم والأب والحاكم من إتلافات غير مقصودة . وحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل ، واستهلاك الأموال على الظن أنها مال الشخص ، فكل ذلك يوجب تعويض الضرر .

آثار أو أحكام التعسف :

التعسف في استعمال الحق يندرج تحت « الفعل الضار» أحد مصادر الحق . أما ما ينشأ عن التعسف من حقوق أو آثار وأحكام فهي ما يأتي :

١ ـ إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره ، فسد عليه النور والهواء ، وسد النافذة التي فتحها المالك ، وكانت تطل على نساء جاره .

٢ ـ التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال .

٣ ـ إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة .

٤ ـ المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجته إذا قصد بالسفر إيذاءها .

٥ ـ التعزير كالدعاوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم .

---

(١) الهداية : ٤/ ١٨١ .

٦ ـ الإجبار على الفعل كإجبار التجار على البيع بسعر معين ، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل .

٤ ـ نقل الحق :

يجوز انتقال الحق بسبب ناقل له ، سواء أكان الحق مالياً كحق الملكية في المبيع ، فإنه ينتقل من البائع للمشتري بسبب عقد البيع ، وحق الدين ، فإنه ينتقل من ذمة الدائن إلى تركته بسبب الوفاة ، أم كان الحق غير مالي كحق الولاية على الصغير ، فإنه ينتقل من الأب إلى الجد بسبب وفاة الأب ، وحق الحضانة ، فإنه ينتقل من الأم إلى الجدة لأم إذا تزوجت الأم بغير محرم من الصغير .

وأسباب انتقال الحق كثيرة منها : العقد ، ومنها الالتزام الذي يتم من جانب واحد ، ومنها الوفاة ، ومنها حوالة الدين من مدين إلى مدين آخر . وهي نوع من العقد لا خلاف في مشروعيته بين الفقهاء . ومنها حوالة الحق من دائن إلى دائن كأن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر ، وهي جائزة على التحقيق عند فقهاء المذاهب ، حتى عند الحنفية في نطاق ما يسمى عندهم بالحوالة المقيدة : وهي أن يحيل شخص غيره بالدين الذي له على المحال عليه .

٥ ـ انقضاء الحق :

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهائه ، وهو يختلف بحسب نوع الحق ، فحق الزواج ينتهي بالطلاق ، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب ، وحق الملكية ينتهي بالبيع ، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة ، أو بانفساخ العقد بالأعذار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل ، وحق الدين ينتهي بالأداء أو بالمقاصة أو بالإبراء : وهو إسقاط صاحب الحق حقه ممن هو عليه . وتفاصيل ذلك تعرف في بحث نظرية العقد .

الفصل الثاني

الأموال

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع ، وهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها . وهو أيضاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان .

لذا سأذكر تعريف المال وأقسامه وما يقبل التملك منه وما لا **يقبل ، ثم أبين** تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم .

المبحث الأول ـ تعريف المال وإرثه :

تعريف المال ـ المال في اللغة : كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً أم منفعة ، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات أو منافع الشيء كالركوب واللبس والسكنى . أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغة كالطير في الهواء والسمك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض .

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان :

أولاً ـ عند الحنفية : المال : هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة ، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين :

١ ـ إمكان الحيازة والإحراز : فلا يعد مالاً : ما لا يمكن حيازته كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء ، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء

الطلق[1] وحرارة الشمس وضوء القمر.

٢ ـ إمكان الانتفاع به عادة : فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً كلحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد ، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قمح أو قطرة ماء أو حفنة تراب ، لا يعد مالاً ، لأنه لا ينتفع به وحده . والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية ، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد (المخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً ، لأن ذلك ظرف استثنائي .

وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم[2] ، فالخمر أو الخنزير مال لانتفاع غير المسلمين بها . وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله .

وقد ورد تعريف المال في المادة ١٢٦ من المجلة نقلاً عن ابن عابدين الحنفي[3] وهو : « المال : هو ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولاً كان أو غير منقول » .

ولكنه تعريف منتقد ؛ لأنه ناقص غير شامل ، فالخضراوات والفواكه تعتبر مالاً ، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها . وهو أيضاً بتحكيم الطبع فيه قلق غير مستقر ؛ لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منها الطباع رغم أنها مال . وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعد أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها .

---

(١) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز.

(٢) البحر الرائق : ٢ / ٢٢٧ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ / ٣ .

(٣) رد المحتار : ٤ / ٣ .

ثانياً ـ وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه[1] . وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً ، فالمال في القانون هو كل ذي قيمة مالية .

الأشياء غير المادية ـ الحقوق والمنافع :

حصر الحنفية معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس . وأما المنافع والحقوق فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال . وغير الحنفية اعتبروها أموالاً ؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها ، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم ، ويجري عليها الإحراز والحيازة .

والمقصود بالمنفعة : هو الفائدة الناتجة من الأعيان ، كسكنى الدار، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ونحو ذلك .

وأما الحق : فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء . فهو قد يتعلق بالمال كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي ، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضانة ، والولاية على نفس القاصر.

والمنافع ، والحقوق المتعلقة بالمال ، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها ، لأنها معنوية ، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية : إنها تعتبر مالاً ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها

---

(١) قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٥٨ ، ط مصطفى محمد) .

ومصدرها ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ، ولولاها ما طلبت ، ولا رغب الناس بها .

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة . فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ، ثم رده إلى صاحبه ، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية ، وعند الحنفية : لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً ، أو مملوكاً ليتيم ، أو معداً للاستغلال كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم ؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها . وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع ، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات .

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية ؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون : لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها .

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية . وتورث عند غير الحنفية .

المبحث الثاني ـ أقسام المال

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم ، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات ، أوضحها القانون المدني :

١ ـ باعتبار إباحة الانتفاع وحرمته إلى : متقوم وغير متقوم .

٢ ـ باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى : عقارٍ ومنقول .

٣ ـ باعتبار تماثل آحاده أو أجزائه وعدم تماثلها إلى : مثلي وقيمي .

٤ ـ باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائه إلى : استهلاكي واستعمالي .

المطلب الأول ـ المال المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم : كل ما كان محرزاً بالفعل ، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها .

وغير المتقوم : ما لم يحرز بالفعل ، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار[1] ، مثال الأول : السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً . ومثال الثاني : الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً ، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك ، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما ، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية ؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . فلو أتلفهما مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانها . وقال غير الحنفية : لا يعتبران مالاً متقوماً ؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية ، فلهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين :

الأول ـ صحة التعاقد عليه وعدمها : فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها . وغير المتقوم : لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود ، فيعد بيع المسلم خمراً أو خنزيراً بيعاً باطلاً ، ولو اشترى المسلم بخمر أو خنزير كان الشراء فاسداً ، وسبب

(١) راجع المادة (١٢٧) من المجلة ، الدر المختار : ٤ / ١١١ وما بعدها .

التفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، فتقومه شرط انعقاد . وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شرط صحة .

الثاني ـ الضمان عند الإتلاف : إذا أتلف إنسان مالاً متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً . أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم . فلو أراق أحد خمراً لمسلم أو قتل خنزيراً له ، لا يضمنه . أما لو أتلفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية ، لأنه مال متقوم عندهم ، كما أوضحنا .

التقوم وعدمه عند القانونيين :

يختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين ، فهو عند الشرعيين كما عرفنا : ما يباح الانتفاع به شرعاً ، أو ما لا يباح ذلك .

وأما عند القانونيين : فالتقوم : ما كان ذا قيمة بين الناس . وعدم التقوم : هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فالأولى هي التي يشترك كل الناس في الانتفاع بها ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس . والثانية : هي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالمخدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة ، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل .

وقد أخذت فكرة التقوم وعدمه من مفهوم المادة (٨٣) من القانون المدني التي تنص على ما يأتي :

١ ـ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ ـ والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن

يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

يتبين من ذلك أن فكرة التقوم وعدمه تنبني في القانون على جواز التعامل في الشيء وعدم جوازه قانوناً . فالخمر مثلاً يجوز التعامل بها في القانون ولا يجوز التعامل بها في الشرع .

المطلب الثاني ـ العقار والمنقول :

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول، أحدهما للحنفية، والآخر للمالكية .

رأي الحنفية ـ المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقي على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات[١] .

والعقار: هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدور والأراضي[٢] .

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه . أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار. فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة . والمنقول يشمل ما عداها[٣] .

---

(١) م ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) م ١٢٩ من المجلة .

(٣) رد المحتار: ٣/ ٤٠٨ .

رأي المالكية ـ ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا : المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها . والعقار عندهم : هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض ، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر . فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً ، والشجر يصبح أخشاباً[1] .

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري ، كما نصت المادة ٨٤ / ١ : « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه ، دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة ، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره ، حتى السماد والسمك ، وسماها « عقاراً بالتخصيص » وهذا سائغ في مذهب المالكية . وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار . واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار .

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس ، مثال الأول : الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت . ومثال الثاني : أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب ، تصبح منقولاً بمجرد فصلها عن الأرض .

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام الفقهية التالية :

---

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٤ .

١ ـ الشفعة[1] : تثبت في المبيع العقار[2] ، ولا تثبت في المنقول ، إذا بيع مستقلاً عن العقار . فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيهما الشفعة .

وكذلك بيع الوفاء[3] : يختص بالعقار دون المنقول .

٢ ـ الوقف : لا يصح عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء إلا في العقار . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان ، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح ، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنازة . ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء[4] .

٣ ـ بيع الوصي مال القاصر : ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة . وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية ؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه .

أما المنقول : فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك .

وفي بيع مال المدين المحجوز عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول ، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين .

٤ ـ يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لبقية الفقهاء بيع العقار قبل قبضه من المشتري ، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم ؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار .

---

(١) الشفعة : حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري ، بما قام عليه من ثمن وتكاليف مثل رسم التسجيل وأجرة السمسار ونحوهما . وتثبت عند الحنفية للشريك والجار ، وعند غير الحنفية : تثبت للشريك فقط .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٢٠ .

(٣) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً بشرط أنه متى وفى الثمن استرد العقار (م١١٨ مجله) .

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٤٠٨/٣ ـ ٤١١ ، فتح القدير : ٤٨/٥ وما بعدها .

٥ ـ حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول.

٦ ـ لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، وهذا الذي أخذت به المجلة (م ٩٠٥ وما بعدها).

أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء[١].

المطلب الثالث ـ المال المثلي والقيمي:

المال المثلي: ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل[٢]. والأموال المثلية أربعة أنواع هي: المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما): وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحرير، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة. أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، فيصبح مالاً قيمياً لا مثلياً. وكما يعد المعدود المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي، كذلك يعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحدة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة.

والمال القيمي: هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة[٣]، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار

---

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول: منها أن انتقال ملكية العقار لا يتم إلا بالتسجيل، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل. ومنها أن الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية في المنقول سند الملكية. أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لاتثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م٩٢٧، ٩١٨).

(٢) م١٤٥ من المجلة.

(٣) م١٤٦ من المجلة.

والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة .

ويدخل في المال القيمي : العدديات المتفاوتة القيمة في آحادها كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها .

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس ، وحالات انقلاب المثلي قيمياً أربعة هي :

١ ـ الانقطاع من السوق : إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً .

٢ ـ الاختلاط : إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير، صار الخليط قيمياً .

٣ ـ التعرض للخطر : إذا تعرض المال المثلي للخطر كالحريق أو الغرق ، صار له قيمة خاصة .

٤ ـ التعيب أو الاستعمال : إذا تعيب المال المثلي أو استعمل ، صار له قيمة خاصة .

وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة ، فإذا كان المال نادر الوجود في السوق ، ثم أصبح كثير الوجود ، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة خاصة .

ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي ، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي .

وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي :

١ ـ الثبوت في الذمة[1] : يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في

(١) سأوضح قريبا معنى الذمة وخصائصها وبدئها وانتهائها بمشيئة الله تعالى .

البيع ، عن طريق تعيين جنسه وصفته . ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية .

أما القيمي : فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة ، فلا يصح أن يكون ثمناً ، ولا تجري المقاصة بين الأموال القيمية . وإذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس غنم أو بقر ، يجب أن يكون معيناً بذاته ، متميزاً عن سواه ، بالإشارة إليه منفرداً ، لا مشاراً إليه بالوصف ؛ لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متماثلة ، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة .

٢ ـ كيفية الضمان عند التعدي أو الإتلاف : إذا أتلف شخص مالاً مثلياً ، مثل كمية من القمح أو السكر ، وجب عليه ضمان مثله ، حتى يكون التعويض على أكمل وجه ، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى ، أي مالية . أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته ؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة ، فيكتفى بإيجاب مثله معنى ، أي من ناحية المالية ، وهي القيمة .

٣ ـ القسمة وأخذ النصيب : تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك ، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه . أما القيمي : فلا تدخل فيه القسمة الجبرية ، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة ، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجحة لتماثل أجزائه . وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجحة لعدم تماثل أجزائه ، فكأنه أخذ بدل حقه لا عينه .

٤ ـ الربا : الأموال القيمية لا يجري فيها الربا المحرم ، فيجوز بيع غنمة بغنمتين ، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه . أما الأموال المثلية فيجري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار ، وتكون الزيادة حراماً . فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار وربع مثلاً ، لاشتمال البيع على ما يسمى بربا الفضل ، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط .

الذمة المالية وخصائصها :

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان . وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة ، فالذمة تختلف عن الأهلية ، إذ أن الأهلية : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات . وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون . وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين ، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة .

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية : وهو عنصر المديونية أو الالتزام ، فالأهلية هي الصلاحية ، والذمة محل الصلاحية .

فالذمة : هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات[1] .

أولاً ـ خصائص الذمة :

للذمة الخصائص التالية :

١ ـ الذمة من صفات الشخصية الطبيعية وهو الإنسان أو الاعتبارية كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد . فلا ذمة للجنين قبل ولادته ، فلا تصح الهبة له ، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً ، ولا ذمة للحيوان ، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تمليكها فالوصية باطلة ، لكن لو كان بقصد الإنفاق عليها صحت الوصية ، ويكون المقصود بها مالكها . ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الحنفية[2] ، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية[3] .

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ١٢٣ .

(٢) الدر المختار : ٥/٤٥٩ ، ٤٦٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/٤٢ .

٢ ـ لابد لكل شخص بعد ولادته من ذمة ، حتى ولو كانت فارغة بريئة ؛ لأن الذمة من توابع الشخصية ، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية ، فتلازم الإنسان منذ وجوده .

٣ ـ لا تتعدد الذمة ، فلكل شخص ذمة واحدة ، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة .

٤ ـ الذمة لا حدّ لسعتها ، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت ؛ لأن الذمة ظرف اعتباري ، يتسع لكل الالتزامات .

٥ ـ الذمة متعلقة بالشخص ، لا بأمواله وثروته ، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه ، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك . وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت . ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه .

٦ ـ الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن ، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين ، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار ، وديون الضرائب الحكومية .

ثانياً ـ انتهاء الذمة :

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة ، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة .

الرأي الأول للحنابلة في رواية عندهم[1] ـ انهدام الذمة بمجرد الموت : لأن الذمة من خصائص الشخصية ، والموت يعصف بالشخص وبذمته . وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنابلة بالتركة ، فمن مات ولا تركة له سقطت ديونه .

(١) القواعد لابن رجب : ص١٩٣ وما بعدها .

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة[1] ـ بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة : تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة . فيصح للميت اكتساب حقوق جديدة بعد موته كان سبباً لها ، كمن نصب شبكة للاصطياد ، فوقع فيها حيوان ، فإنه يملكه ، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه ، لقوله عليه السلام : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »[2] . ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة ، كشغلها بثمن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه . وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته ، في الطريق العام . وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون ؛ لأن النبي ﷺ صحح هذه الكفالة . وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنابلة الوصية لميت . ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها .

الرأي الثالث للحنفية ـ ضعف الذمة :

إن الموت لا يهدم الذمة ، لكن يضعفها ، فتبقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة . فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد ، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته ، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالثمن ، وضمان ماوقع في حفرة حفرها في الطريق العام . لكن لاتصح كفالة دين على ميت مفلس عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين[3] . ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له . وبهذين الحكمين الأخيرين يفترق الرأي الثالث عن الرأي الثاني .

---

(١) مغني المحتاج : ٣/ ٤٠ ، المغني : ٦/ ٢١ .

(٢) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن ابن هريرة ، وهو صحيح .

(٣) البدائع : ٦/ ٦ ، فتح القدير : ٥/ ٤١٩ .

المطلب الرابع ـ المال الاستهلاكي والاستعمالي :

المال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود . فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ماعدا النقود إلا باستئصال عينها . وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكها ، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل .

والمال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها .

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة ، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة . فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً ، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً .

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي :

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود . فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام .

والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة .

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده ، صح أن يرد على كلا النوعين : الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع ، يصح ورودهما على كل من النوعين على السواء .

الفصل الثالث

الملكية وخصائصها

يشتمل على مطالب خمسة :

المطلب الأول ـ تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع[1] تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والملك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك بأنه ما ملكه الإنسان ، سواء أكان أعياناً أو منافع . وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وعلى هذا ، فالملك أعم من المال عندهم .

والملك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد[2] ، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

---

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق ، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً ، وإنما هو منحه إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة .

(٢) راجع فتح القدير : ٥/ ٧٤ ، الفروق للقرافي : ٣/ ٢٠٨ وما بعدها .

الملك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

المطلب الثاني ـ قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١ً ـ ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢ً ـ ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين . فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا

تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله[1].

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة.

٣ً ـ ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد: وهو ما عدا النوعين السابقين.

المطلب الثالث ـ أنواع الملك:

الملك إما تام أو ناقص.

فالملك التام: هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة.

ومن أهم خصائصه: أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً. ولا يقبل الإسقاط، فلو غصب شخص عيناً مملوكة لآخر، فقال المالك المغصوب منه: أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له، وإنما يقبل النقل، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك. وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع، أو الميراث أو الوصية.

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية، كما له الإعارة والإجارة، لأنه

---

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً أخرى للحاجة والمصلحة، فقالوا: يجوز للقاضي النزيه العدل الإذن باستبدال الوقف، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار: ٣/ ٤٢٥).

يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف بها معاً ، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلف المالك ما يملكه لا ضمان عليه ؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد ، لكن يؤاخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤاخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

والملك الناقص : هو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة ، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً ، بقطع النظر عن الشخص المنتفع ، وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في العقار .

المطلب الرابع ـ أنواع الملك الناقص :

وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

أ ـ ملك العين فقط :

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكة لشخص آخر ، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له ، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث ، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة . فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي ، فتعود ملكيتهم تامة .

وفي هذه الحالة : ليس لمالك العين الانتفاع بها ، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين ، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك .

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة ، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة دائماً ؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

٢ - ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع[1] :

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تمليك المنفعة بغير عوض . فللمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض ، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تمليك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين ، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لابد من إذن المالك المؤجر .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس وصرف منفعتها

---

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فللمنتفع أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تمليك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ونحو ذلك . فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، فتمليك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة (راجع الفروق للقرافي : ١/ ١٨٧ ، الفرق ٣٠) .

إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك :

هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١ ـ يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند انشائه ، بعكس

الملك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٢ ـ عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء غيرهم : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة .

٣ ـ لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤ ـ على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة ، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥ ـ على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع . كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل .

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١ ـ انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢ ـ هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة ، كانهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصي بركوب سيارة ثم عطلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣ ـ وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤ ـ وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر .

وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم ، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فمن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد . وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الوصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٣ً ـ ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك . مثل حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

أمـا حق الشرب : فهو النصيب المستحـق من المـاء لسقي الـزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به **حق الشفة :** وهو حق شرب الإنسان والـدواب والاستعمال المنزلي . وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع[1] :

أ ـ ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوهـا من الأنهـار العظيمـة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيـه ، بشرط عـدم الإضرار بـالغير، لحـديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار» وحديث « لا ضرر ولا ضرار» .

ب ـ ماء الجداول والأنهار الخاصـة ، المملوكـة لشخص : لكل إنسـان حق الشفـة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

ج ـ ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيهـا كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبى صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقـاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماءً قريباً آخر .

د ـ المـاء المحرز في أوان خـاصـة : كالجرار والصهـاريـج ، لا يثبت لأحـد حـق الانتفاع به بأي وجه إلا برضـا صـاحب المـاء ؛ لأن الرسول عليـه السلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هـذا المـاء الـذي يخـاف على نفسـه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسـه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ، لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير» .

---

(١) البدائع : ٦/ ١٨٨ وما بعدها ، تكملة فتح القدير: ٨/ ١٤٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٤/ ٢٥٥ ، المغني : ٥/ ٥٣١ .

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين .

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه .

وحق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجانبي ، وفيه حقان :

أ ـ حق التعلي : وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل .

ب ـ حق الجوار الجانبي : وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر ، وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن

القاضي أو إذن صاحب السفل ، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البنـاء وقت تمـامـه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق .

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبـه ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل مايمنع المنفعة الأصليـة المقصودة من البنـاء كالسكنى ، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فـالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أمـا التصرفـات التي يشكل أمرهـا في الجوار العلوي فلا يعلم أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب أو نافـذة في الطـابق الأسفل ، أو وضع متـاع ثقيل في الطـابق الأعلى قـد يؤثر في السقف ، فهـذه مختلف في منعهـا[1] . فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يبـاح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر ، ويتوقف مـاعـداه على إذن صـاحب الحق ورضـاه . وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

وقـال الصـاحبـان : الأصل في ذلـك الإبـاحـة ؛ لأن صـاحب العلـو تصرف في ملكـه ، والمـالـك حر التصرف في ملكـه مـالم يكن فيـه ضرر لغيره بيقين ، فيمنع منـه حينئذ ، ويبقى ماعداه على الإبـاحـة ، وهـذا الرأي في تقـديري هو المعقول الواجب الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً ، وهو إبـاحـة التصرف في الملـك مـالم يترتب على ذلـك ضرر فـاحش بـالجـار ، فـإن وقع الضرر ، وجب على المتعـدي ضمانـه ، سواء أكان الضرر مبـاشراً أم بـالتسبب . وهـو رأي المـالكيـة وبـاقي المـذاهب أيضاً[2] .

---

(١) فتح القدير : ٥٠٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٣٧٣/٤ ، ط البابي الحلبي ، البـدائع : ٢٦٤/٦ ، البحر الرائق : ٣٢/٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ١٩٦/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٣٤١ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٥ ، ط العثمانية .

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

١ ـ حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته. وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة.

٢ ـ حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار. أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

٣ ـ حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك. وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم.

٤ ـ حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعدونه مالاً؛ لأنه تابع للعقار. وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا.

الثاني ـ خصائص حقوق الارتفاق

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة.

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى مالم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القذر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي المتقدم « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه[1].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٤٢٧/٥ .

وأما الأحكام الخاصة فسنذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها .

الثالث ـ أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ ـ الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة ، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ ـ الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ ـ التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

المطلب الخامس ـ أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على ماليس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقادم[١] .

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية ـ أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٣٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ ومابعدها من القانون المدني السوري .

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية[1] ماعدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين[2] ، توفيراً لوقت القضاة ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وايفاؤه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً ، إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة ، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه »[3] .

١ ـ الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلأ والحطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتميز هذا النوع بما يأتي :

---

(١) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتصرت على الأسباب الثلاثة الأولى للتملك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .

(٢) حدده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .

(٣) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص١٨ـ٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعه مثل المدونة : ٢٣/١٣ ، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك : ٣٦٢/٢ ومابعدها .

أ ـ أنه سبب منشىء للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى .

ب ـ أنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما ـ ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه السلام .

ثانيهما ـ قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يتملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يتملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يتملك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة :

أولاً ـ إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : ماليس مملوكاً من الأرضين : ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لابد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والـزراعــة والحرث وحفر البئر . وعمـل مستصلـح الأرض لإحيــائهــا يسمى فقهــاً « التحجير » وقـد حـدد بثـلاث سنين ، قــال عمر « ليس لمتحجر بعــد ثـلاث سنين حق » .

ثانياً ـ الاصطياد : الصيد : هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحـد . ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد ، أو بالاستيلاء الحكمي : وهو اتخـاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار ، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك ، أو الشبـاك ، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلمة[1] .

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة ، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قال تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ .

والصيـد من أسبـاب الملكيـة ، لكن يشترط في الاستيـلاء الحكمي لا الاستيـلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة « الأمور بمقاصدها » . فمن نصب شبكة فتعلق بهـا صيد ، فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليـه ، لأن نيتـه لم تتجـه إليه . وإن كان قد نصبها للصيـد ، ملكـه صـاحبهـا ، وإن أخـذه غيره كان متعـديـاً غاصباً . ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليـه يـده إلا إذا كان صـاحب الأرض هيأها لذلك .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فـأغلق صـاحبهـا البـاب لأخـذه ، ملكـه وإن أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعوَّل في تملكـه على نية صيده ، وإلا فلمن سبقت إليه يده .

---

(١) قال تعالى : ﴿ يسألونك مـاذا أحل لهم ، قل : أحل لكم الطيبـات ، ومـا علمتم من الجوارح مكلبين ، تعلمونهن ممـا علمكم الله ، فكلـوا ممـا أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليـه ، واتقـوا الله ، إن الله سريـع الحسـاب ﴾ (المائدة / ٤) .

ثالثاً ـ الاستيلاء على الكلأ والآجام :

الكلأ : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلأ : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار »[1] .

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة . فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة.

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض ، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلأ ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلأ .

رابعاً ـ الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

والكنز : مادفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

---

(١) البدائع : ١٩٣/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والمعدن والكنز يشملهما عند الحنفية كلمة « الركاز » : وهو ماركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمها واحد في الحديث النبوي : « وفي الركاز الخمس »[1] .

وقال المالكية والشافعية : الركاز : دفين الجاهلية . والمعدن : دفين أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم[2] : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم[3] : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض .

---

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) القوانين الفقهية : ص١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ ومابعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٦١/١ ومابعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني ٢٨/٣/

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة ، والباقي للواجد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط ، فلا يجب فيها شيء للدولة ؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب في ذلك شيء للدولة .

وقال غير الحنفية : لا يجب في المعادن شيء للدولة ، لا الخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفين أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيه . وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة .

حكم الكنز :

وأما الكنز فهو مادفنه الناس ، سواء في الجاهلية أم في الإسلام . فهو نوعان : إسلامي وجاهلي :

فالإسلامي : ماوجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ماوجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك .

والمشتبه فيه : وهو مالم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه إسلامي لتقادم العهد . وإن وجد كنز

مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعد كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية[1] .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة[2] تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد خصص القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز، وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة .

٢ ـ العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

---

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ ومابعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المغني : ٦٣٦/٥ .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان[1] :

الأولى : العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة . فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان :

أ ـ الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب ـ الاستملاك للصالح العام : وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحو ذلك .

والمتملك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة . وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع مال المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٣ ـ الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خَلَفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

والإرث سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف١٠٥ .

منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب . ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات أي الأعواض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤ ـ التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه ، وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع لمالك الأرض ، لقوله ﷺ : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته »[(١)] .

(١) رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج ، قال البخاري : هو حديث حسن (نيل الأوطار : ٣١٨/٥ ومابعدها) .

الفصل الرابع

نظرية العقد

تمهيد وتخطيط للبحث :

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل ، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات ، وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي ، فأصبح لا غنى لكل إنسان لكونه مدنياً بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة ، لتأمين حاجياته ، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين . وللمبادلات صور متعددة ، تخضع لما يعرف بنظرية العقد ، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي ، وتضبط أصول التعامل ، وحرية التجارة ، وتبادل الأعيان والمنافع ، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود ، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود .

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم ، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة ، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد ، وأركانه وشروطه ، وأحكامه التي قرروها لكل عقد . وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره .

والأصول العامة لنظرية العقد في الفقه الإسلامي تتضح في البحوث السبعة التالية :

المبحث الأول : تعريف العقد ، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام ، والإرادة المنفردة والوعد بالعقد .

المبحث الثاني : تكوين العقد ، وفيه مطالب ثلاثة :

المطلب الأول ـ ركن العقد

المطلب الثاني ـ عناصر العقد

١ ـ صيغة التعاقد (الألفاظ والإشارات والأفعال والكتابة) .

٢ ـ العاقدان

٣ ـ المحل المعقود عليه (شروطه وآثارها في العقد) .

٤ ـ موضوع العقد (أو المقصد الأصلي للعقد) نظرية السبب أو (الباعث على العقد) ـ الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في العقود .

المطلب الثالث ـ الإرادة العقدية ، ويشتمل على الفروع التالية :

١ ـ صورية العقد (السكر ومافي معناه ، الهزل ، الخطأ ، التلجئة ، الإكراه ، القصد غير المشروع) .

٢ ـ سلطان الإرادة العقدية (مدى الحرية في العقود والشروط) .

٣ ـ عيوب الإرادة أو الرضا .

المبحث الثالث : شروط العقد

المبحث الرابع : آثار العقد (حكم العقد ، النفاذ ، الإلزام واللزوم)

المبحث الخامس : تصنيف العقود (التقسيمات الخمس)

المبحث السادس : الخيارات (خيار المجلس ، الشرط ، العيب ، الرؤية ، التعيين ، النقد) .

المبحث السابع : انتهاء العقد

ونوضح هذه المباحث وفق الترتيب المذكور :

المبحث الأول ـ تعريف العقد ، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة :

تعريف العقد :

العقد في لغة العرب : معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء ، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً ، من جانب واحد ، أو من جانبين . جاء في المصباح المنير وغيره : عقد الحبل ، أو البيع ، أو العهد فانعقد . ويقال : عقد النية والعزم على شيء ، وعقد اليمين ، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به . وعقد البيع والزواج والإجارة ، أي ارتبط مع شخص آخر .

وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد . وللعقد عند الفقهاء معنيان : عام وخاص .

أما المعنى العام : الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[1] فهو : كل ما عزم المرء على فعله ، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين ، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن ، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً ، سواء من شخص واحد أو من شخصين ، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً ، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية ، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام .

وأما **المعنى الخاص** الذي نريده هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو :

---

(١) انظر نظرية العقد لابن تيمية : ص١٨ـ٢١ ، ٧٨ . ومن هذا الرأي أبو بكر الرازي الجصاص في كتابه أحكام القرآن : ٢٩٤/٢ وما بعدها .

ارتبـاط إيجـاب بقبـول على وجـه مشروع يثبت أثره في محلـه[1] . أو بعبـارة أخرى : تعلق كـلام أحـد العـاقـدين بـالآخر شرعـاً على وجـه يظهر أثره في المحـل[2] . وهـذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء .

فإذا قال شخص لآخر : بعتك الكتاب ، فهو الإيجاب ، وقال الآخر : اشتريت ، فهو القبول ، ومتى ارتبط القبول بالإيجـاب ، وكانـا صـادرين من ذوي أهليـة معتبرة شرعـاً ، ثبت أثر البيع في محلـه (وهـو الكتـاب هنـا) : وهـو انتقـال ملكيـة المبيـع للمشتري ، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري .

والإيجاب أو القبول : هو الفعل الدال على الرضـا بـالتعـاقـد . والتقييـد بكونـه « على وجه مشروع » لإخراج الارتبـاط على وجـه غير مشروع ، كالاتفـاق على قتل فلان ، أو إتلاف محصوله الزراعي ، أو سرقة ماله ، أو الزواج بالأقارب المحـارم ، فكل ذلـك غير مشروع لا أثر لـه في محل العقـد . والتقييـد بكونـه « يثبت أثره في محلـه » لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له ، كالاتفاق على بيع كل شريك حصتـه من دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها ، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له .

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء : وهو « توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشـاء التزام أو نقلـه ، أو تعـديلـه أو إنهـائـه »[3] فـإنشـاء الالتزام كالبيع والإجارة ، ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدين ، وإنهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ الإجارة قبل أوانها ، فالتعريفان متقاربان .

وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً ، إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين

---

(١) المادة ١٠٣ ، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية ، رد المحتار لابن عابدين : ٣٥٥/٢ ، ط الأميرية .

(٢) العناية بهامش فتح القدير : ٧٤/٥ .

(١) الوسيط للدكتور السنهوري : ص١٣٨ ، النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ص٣٥ ومابعدها .

أدق ؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته ، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع ، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين ، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً ، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل .

ثم إن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد ، وتظل الإرادة حينئذ أمراً خفياً غير معروف . وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد[1] .

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق ، فليس كل اتفاق عقداً ، وإنما يتخصص العقد بما يمثل التعارض بين مصلحتين ، وبما ينصب على محل وقتي يستنفد وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة ، فالاتفاق على إنشاء منظمة معينة لا يعتبر عقداً ، لأنه لا يمثل تعارضاً في المصالح ، ولأن محل العقد هو وضع دائم مستمر ، وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة .

أما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص ، فالزواج عقد ، والإسلام عقد ، والذمة عقد ، مع أنها نظم دائمة ، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة الشخصية ، والعقد في الإسلام : هو دائماً انضمام لنظام موجود من قبل ، هو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعه الشرع ليسير عليه الناس . وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع التي نظم العقود عليها . والخلاصة : أن العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين ، وأما في الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة .

العقد والالتزام :

الالتزام : هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه سواء

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف١٣٤ ، المدخل للأستاذ مصطفى شلبي : ص٣١٥ .

أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال .

فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام الذي ذكرناه ، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص ، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والإيجار والرهن ونحوه ، والالتزام أعم من ذلك فيشمل ماصدر من شخص واحد كالوقف والنذر واليمين ونحوه ، كما يشمل ماصدر من شخصين أو وجد بإرادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة .

العقد والتصرف :

التصرف : هو كل ماصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل ، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار ، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا . فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق ، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع ، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع والاصطياد ، أم لغير صالحه كالوقف والوصية ، والسرقة والقتل .

وبه يتبين أن التصرف نوعان : فعلي وقولي .

أما التصرف الفعلي : فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع .

أما التصرف القولي فهو نوعان : عقدي وغير عقدي . أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع ، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار ، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء .

وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال ، وينتظم الالتزام وغير الالتزام ، وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد ولو بمعناه الواسع أو العام كالدعوى والإقرار .

والخلاصة : أن التصرف أعم من العقد والالتزام . والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان ، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص ، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام ، وأخص من كلمة تصرف . فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقداً .

العقد والإرادة المنفردة :

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام ، كما قد تنشىء أحياناً عقداً من العقود في أحوال استثنائية ، عملاً بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي ، والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين : دائن ومدين .

والالتزام بإرادة واحدة : معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مديناً لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين ، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلاً .

وأمثلة الالتزام بإرداة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها :

١ ـ **الجعالة :** هي التزام جعل[1] أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين ، بدون تحديد أمد معين ، وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً ، أو يبني حائطاً أو يحفر بئراً يصل إلى الماء ، أو ينجح نجاحاً متفوقاً في امتحان ، أو يحقق نصراً حربياً على العدو ، أو يشفي مرضاً معيناً ، أو يبتكر علاجاً ناجعاً ، أو يخترع اختراعاً صناعياً ، أو يحفظ القرآن الكريم .

وقد أجازها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[2] عملاً بقصة يوسف

---

(١) الجُعْل : مايجعل للإنسان من شيء على فعل كأجر العامل ومكافأة المحارب على عمل حربي رائع .

(٢) بداية المجتهد : ٢٣٢/٢ ومابعدها ، الشرح الصغير للدردير : ٧٩/٤ ومابعدها ، القوانين الفقهية ص٢٧٥ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ ومابعدها ، المغني ٥٠٧/٥ ومابعدها ، غاية المنتهى : ٢٨٤/٢ .

عليه السلام مع إخوته : ﴿ قالوا : نفقد صُواع[1] الملك ، ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم ﴾ ، ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام يوم حُنين : « من قتل قتيلاً فله سلبه »[2] .

ولم يجزها الحنفية[3] ، لما فيها من الغرر والخطر أي الجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقائم بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل .

والقانون المدني السوري في المادة (١٦٣) نظم الوعد بجائزة : وهو تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد . وأجاز الرجوع عنه إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل .

٢ ـ **الوقف :** هو حبس المال عن التصرف ، وتخصيص ريعه لجهة بر ، تقرباً إلى الله تعالى ، كالوقف على دور العلم وجهات الخير كالمشافي والمدارس والمصانع الحربية ، والوقف لفلان ، ثم على جهة خير معينة . وينعقد الوقف بإرادة الواقف وحده ، فإن كان على شخص فله حق الرد ، فيصرف إلى جهة الخير أو البر التي عينها الواقف .

٣ ـ **الإبراء :** إسقاط شخص ماله من حق لدى شخص آخر ، كإسقاط الدائن دينه المستقر في ذمة مدينه . يتم بدون حاجة لقبول المدين ، إلا أنه يرتد برده في مجلس الإبراء ، لما فيه من معنى التمليك (أي تمليك الدين للمدين) ، دفعاً للمِنَّة والجميل الذي يصنعه الدائن له ، والإنسان لا يملّك شيئاً جبراً عنه . فهو من قبيل الإسقاطات عند جمهور الفقهاء غير المالكية .

قال المالكية على ماهو راجح عندهم : يحتاج الإبراء إلى قبول المبرأ ؛ لأنه من

---

(١) الصواع : المكيال الذي يكال به .

(٢) السلب : مايكون مع القتيل من متاع أو مال أو سلاح أو خيل . والحديث رواه أحمد وأبو داود عن أنس بلفظ : « من قتل رجلاً فله سلبه » (نيل الأوطار : ٢٦٢/٧) .

(٣) البدائع : ٢٠٦/٦ .

قبيل التمليكات التي يشترط فيها القبول كالهبة والصدقة .

٤ ـ الوصية : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان المملك عيناً أم منفعة ، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة دار لفلان أو لجهة خير بعد وفاة الموصي ، فهي عقد يتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي ، وتتحقق بإيجابه (أو عبارته أو كتابته أو إشارته المفهمة) فيكون ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط ، إلا أنها ترتد بالرد عند الحنفية[١] ؛ لأنه ليس له إلزامه على قبولها .

واتفق الفقهاء على أن الوصية من العقود الجائزة غير اللازمة أي أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به .

فالإيجاب بالوصية هو ركن الوصية . وأما القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي فليس بركن للوصية ، ولكنه على الراجح عند فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة[٢] شرط للزوم الوصية ودخول الموصى به في ملك الموصى له من بعد الموت . فالحقيقة الشرعية للوصية عندهم تكون بالإيجاب من الموصي فقط ، ولا تتوقف على قبول الموصى له . وتنفذ الوصية من ثلث التركة ، ولا وصية جائزة للوارث إلا بإجازة الورثة ، كما لا تجوز الوصية لغير الوارث بما زاد عن ثلث التركة إلا بموافقة الورثة .

٥ ـ اليمين : عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك[٣] ، مثل والله لأكرمن جاري ، أو لأعلمن هذا اليتيم على نفقتي ، فيجب عليه ديانة الوفاء بيمينه ، فإن لم يوف به حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين .

---

(١) اللباب شرح الكتاب : ٤/ ١٧٠ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٦/ ١٨٢ ، ١٨٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٤٦٠ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ٣٣٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٤/ ٤٢٤ ، مغني المحتاج : ٣/ ٥٣ ، غاية المنتهى : ٢/ ٣٥١ ، المغني : ٦/ ٢٥ .

(٣) فتح القدير : ٤/ ٢ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٦ .

٦ـ **الكفالة** : عند غير الحنفية : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين ، فيثبت الدين في ذمتها معاً . واقتصر الحنفية على أن الضم محصور في المطالبة بالدين . فالكفالة : التزام الكفيل بالدين بأدائه إلى الدائن بدلاً من المدين عند مطالبته . وهي توجد بمجرد التزام الكفيل بالدين ورضاه به عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية[١] ، أي أن ركن الكفالة هو الإيجاب وحده ، وأما القبول من الدائن أو المدين فليس ركناً عند هؤلاء . فتكون التزاماً من جانب واحد . وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[٢] : ركن الكفالة : الإيجاب من الكفيل ، والقبول من الدائن .

العقد بإرادة منفردة :

الأصل العام في العقود أن يكون العاقد متعدداً أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يعبر كل واحد منهما عن إرادة صاحبه ؛ لأن العقد ينشئ آثاراً متعارضة وحقوقاً أو التزاماتٍ متضادة ، مثل تسليم المبيع وتسلمه ، والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن ، ورد المبيع بالعيب ، وفسخ العقد بالخيارات ، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً ، طالباً ومطالباً ، مملكاً ومتملكاً ، مما يوجب أن يكون العقد من طرفين ، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه ، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة .

لكن استثناء من هذا الأصل يجوز عند بعض الفقهاء إبرام العقد بعاقد واحد في بعض حالات البيع والزواج .

---

(١) الشرح الصغير للدردير : ٣/ ٤٢٩ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٠٠ ، المهذب : ١/ ٣٤٠ ، المغني : ٥/ ٥٣٥ .

(٢) فتح القدير : ٥/ ٣٩٠ ، البدائع : ٦/ ٢ ، الدر المختار : ٤/ ٢٦١ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٥ .

البيع بعاقد واحد :

أجاز الحنفية ما عدا زفر[1] انعقاد البيع بإرادة شخص واحد متخذاً صفتين بالنيابة عن البائع وعن المشتري ، في حالات نادرة هي شراء الأب ، أو وصيه ، أو الجد ، مال الصغير لنفسه ، أو بيع مال نفسه من الصغير ، وبيع القاضي والرسول عن طرفي العقد ؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن) ، فكان بمنزلة الرسول ، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد ؛ لأنه سفير ومعبر عن كلام الأصيل ، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين . ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين .

لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون السعر بمثل قيمة الشيء ، أو بشيء يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة ؛ لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة والرحمة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير .

وأما وصي الأب فمقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف بأن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة ، أو بما فيه نفع ظاهر (أو خير بيّن) لليتيم[2] ، لأنه مرضي الأب ، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير . ولم يجز محمد بن الحسن تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن التساهل في الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي .

وأجاز الحنابلة أن يتولى عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلاً ؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن . كما أجازوا ذلك أيضاً في عقد

---

(١) البدائع : ٢/ ٢٣٢ ، ٥/١٣٦ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/ ٥ ، فتح القدير : ٢/ ٤٢٨ ، تبيين الحقائق : ٦/ ٢١١ .

(٢) النفع الظاهر في العقار يكون بشراء الوصي لنفسه من الصغير بضعف القيمة ، ويبيع بنصفها . وفي المنقول ببيع ما يساوي ١٥ بعشرة ، وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر .

الزواج ، وفي الدعوى ، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلاً في الدعوى عن المدعي والمدعى عليه ، ممثلاً مصلحة الطرفين ومقيماً الحجة أو الدفوع لكل منهما[(١)] .

وروي عن الإمام مالك أن للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم ، إذا لم يحابيا أنفسهما[(٢)] .

الزواج بعاقد واحد :

أجاز جمهور الحنفية ما عدا زفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد الزواج بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور[(٣)] .

١ ـ إذا كان الشخص ولياً من الجانبين : كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير .

٢ ـ إذا كان وكيلاً من الجانبين : كأن يقول : زوجت موكلي فلاناً موكلتي فلانة .

٣ ـ إذا كان أصيلاً من جانب ووليا من جانب آخر ، كأن يتزوج ابن عم بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته ، فيقول أمام الشهود : تزوجت بنت عمي فلانة .

٤ ـ إذا كان أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر ، كما لو وكلت امرأة رجلاً ليزوجها من نفسه .

٥ ـ إذا كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب ، مثل زوجت بنتي من موكلي . والسبب في مشروعية انعقاد الزواج في هذه الأحوال أن العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه ، فلا يتحمل شيئاً من التزامات العقد ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين .

---

(١) كشاف القناع : ٢/ ٢٣٨ ، المغني : ٥/ ١٠٩ مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للسيوطي الرحيباني : ٣/ ٤٦٤ ، ط المكتب الإسلامي بدمشق .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٢٨ .

(٣) البدائع : ٢/ ٢٣١ ، ٥/ ١٣٧ .

وقال الشافعي[1] : يجوز الزواج بعاقد واحد إذا كان ولياً من الجانبين وذلك في حالة الجد فقط ، له أن يزوج حفيديه ببعضهما ، ويتولى وحده العقد عن الطرفين ، وذلك للضرورة لعدم وجود ولي آخر من درجته ، ولقوة ولايته وشفقته دون سائر الأولياء .

والخلاصة : أن العقد بالمعنى الخاص لا يتحقق بإرادة منفردة ، بل لابد لتحققه من توافق أو اجتماع إرادتين . وأما انعقاد البيع أو الزواج في الحالات السابقة ، وإن اقتصر فيه على شخص واحد ، إلا أنه في الحقيقة يمثل صفتين ، فقامت عبارة الشخص الواحد التي تدل على إرادتين متوافقتين مقام العبارتين من عاقدين مختلفين[2] .

وهناك فرق ثان بينهما من ناحية الحكم (أي الأثر المترتب على العقد) ، وهو أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ديانة وقضاء باتفاق الفقهاء ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وأوفوا بالعهد ﴾ . أما الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاء ، بل الوفاء به مندوب مطلوب ديانة ومن مكارم الأخلاق . فلو وعد شخص غيره ببيع أو قرض أو هبة مثلاً لا يجبر على الوفاء بوعده بقوة القضاء ، بل يندب له تنفيذه ديانة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ، كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ وقال النبي ﷺ : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اؤتمن خان »[3] .

هذا هو السائد عند الفقهاء ، لكن توجد آراء قد تكون مخالفة للرأي السائد ،

---

(١) نهاية المحتاج : ٥/ ١٩٢ وما بعدها .

(٢) منع القانون المدني المصري والسوري في المادة ١٠٩ من تعاقد الشخص مع نفسه ، سواء أكان التعاقد لحساب نفسه أم لحساب غيره إلا إذا رخص الأصيل مقدماً لنائب في التعاقد مع نفسه ، أو وجد نص في القانون ، أو قضت قواعد التجارة بجواز ذلك (الوسيط للسنهوري : ص ٢٠٢) .

(٣) رواه الشيخان (البخاري ومسلم) والترمذي والنسائي عن أبي هريرة .

وقد تكون ملطفة أحياناً بجعل الوعد ملزماً قضاء في بعض الحالات .

قال ابن شبرمة[1] : يلزم الواعد ويجبر على الوفاء بوعده قضـاء . وقـال الحنفيـة : يلزم الوعد إذا صدر معلقاً على شرط منعاً لتغرير الموعود . وعبروا عن ذلـك بقـاعـدة فقهيـة : « المواعيـد بصورة التعـاليـق تكـون لازمـة » (م ٨٣ مجلـة) وقـال ابن نجيم : « لا يلزم الوعـد إلا إذا كان معلقـاً » مثل أن يقول شخص لآخر : إذا لم يعطـك فلان ثمن المبيع ، فأنا أعطيه لك . فيلزمه إعطاؤه حينئذ ؛ لأن الوعـد اكتسى صفـة الالتزام والتعهد .

وقال المالكية[2] : يلزم الواعد بوعـده قضـاء إن أدخل الموعود في سبب أو وعـده مقروناً بذكر السبب ، كما قال أصبغ من فقهائهم لتأكد العزم على الدفع حينئذ . مثـال الحالة الأولى أن يقول لآخر : اهدم دارك وأنا أقرضك ما تبني به الـدار ، أو اخرج إلى الحج وأنا أقرضك ، أو اشتر سلعة ، أو تزوج امرأة وأنـا أسلفـك ، ففعل الموعود ذلـك ، فيجب عليه الإقراض لأنه أدخل الموعود في الالتزام . ومثال الحالة الثانية عند أصبغ : أن يقول شخص لآخر : تزوج أو اشتر ، وأنـا أقرضـك ، فيلزمـه الوفـاء بوعـده ولـو لم يبـاشر الموعود فعل الزواج أو الشراء أي سـواء تـزوج المـوعـود أو اشترى أم لا ، يلـزم الواعد بما وعد ، دفعاً للضرر الحاصل للموعود من تغرير الواعد .

فـإن وعـده بـدون ذكر السبب ، كأن يقول شخص لآخر : أسلفني كـذا ، فيقول المخاطب : نعم ، لا يلزمه الوعد . والقوانين الوضعية المدنيـة تتفق مع رأي ابن شبرمـة وبعض المالكية على أن الوعد بعقد أو بعمل ملزم قانوناً .

---

(١) هـو عبـد الله بن شبرمـة ، قـاضي فقيـه من التـابعين ولـد سنـة ٧٢ هـ وتـوفي سنـة ١٤٤ هـ (تهـذيب التهذيب : ٥ / ٢٥٠) .

(٢) الفروق للقرافي : ٤ / ٢٤ ـ ٢٥ ، المحلى لابن حزم : ٨ / ٣٣ ، م / ١١٢٥ .

المبحث الثاني ـ تكوين العقد

يشتمل هذا المبحث على مطالب ثلاثة :

المطلب الأول ـ ركن العقد :

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته . ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة . وفي المعاملات : الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد . فركن العقد : هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة[١] .

هذا هو مذهب الحنفية ، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه ، وعاقدين ، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد ، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط .

وغير الحنفية[٢] يقولون : إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة . فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري ، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن ، والصيغة هي الإيجاب والقبول ، باعتبار أن الركن عند الجمهور : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته .

وأياً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة .

---

(١) فتح القدير : ٥ / ٧٤ ، البدائع : ٥ / ١٣٣ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ / ٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي : ٣ / ٢ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣ ، غاية المنتهى : ٢ / ٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ .

تعريف الإيجاب والقبول :

الإيجاب والقبول يكونان صيغة العقد ، أي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين .

وتعريفهما عند الحنفية[1] ما يأتي .

الإيجاب : إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، أو ما يقوم مقامه ، سواء وقع من المملك أو المتملك[2] . فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب ، سواء صدر من البائع أو من المشتري . فإذا قال البائع أولاً « بعت » فهو الإيجاب . وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال : « اشتريت بكذا » فهو الإيجاب .

والقبول : ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين ، دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول[3] .

فالمعتبر إذاً : أولية الصدور وثانويته فقط ، سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع .

وعند غير الحنفية[4] : الإيجاب : هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً ، والقبول : هو ما صدر ممن يصير له الملك ، وإن صدر أولاً . ففي عقد البيع : إذا قال المشتري : اشتريت منك هذه البضاعة بكذا ، وقال البائع : بعته لك

---

(١) رد المحتار لابن عابدين والدر المختار : ٤ / ٦ ، والمراجع السابقة .

(٢) ورد تعريف الإيجاب في المجلة (م ١٠١) : «الإيجاب : أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف ، وبه يوجب ويثبت التصرف» .

(٣) عرفت المجلة في المادة (١٠٢) القبول بما يأتي : «القبول : ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف ، وبه يتم العقد» .

(٤) شرح المنهج للأنصاري : ٢ / ١٨٠ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢ / ٣ ، غاية المنتهى : ٢ / ٣ ومابعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ / ٣ .

بهذا الثمن ، انعقد البيع ، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع ، لأنـه المملـك ، والقبول : ما صدر من المشتري ، وإن صدر أولاً .

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقـدين إيجـابـاً ، والأخرى قبولاً هي تسميـة اصطلاحية ، ليس لها أثر يذكر ، والأصل العام في الإيجـاب أن يقع من البـائع أولاً ، ويقع القبول من المشتري ثانياً .

المطلب الثاني ـ عناصر العقد :

عنـاصر العقـد : هي مقومـاتـه الـذاتيـة التي ينشـأ بهـا العقـد ، ولا يتحقـق إلا بوجودها ، وهي أربعة : صيغة التعاقد ، والعاقدان ، ومحل العقد ، وموضوع العقد .

العنصر الأول ـ صيغة العقد :

صيغة العقد : هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتها الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه . وتعرف تلـك الإرادة البـاطنـة بواسطـة اللفـظ أو القول أو مـا يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة . وهـذه الصيغـة هي الإيجـاب والقبول . وقـد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يـدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما . وهـذا هو مـا يعرف بصيغـة العقـد عنـد فقهـائنـا . ويسمى عند القـانونيين « التعبير عن الإرادة » . والبحث فيهـا يكون ببيـان أسـاليب الصيغة ، وشروطها .

الفرع الأول ـ أساليب صيغة الإيجاب والقبول :

التعبير عن الإرادة العقدية الجازمـة يكون بـأي صيغـة تـدل عرفـاً أو لغـة على إنشاء العقد ، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتـابـة ، وقـد نصت على هـذه الأساليب المادة (١٧٣) و (١٧٤) من المجلة ، كما نصت عليها المـادة ٩٣ / ١ من القـانون المدني السوري .

أولاً ـ اللفظ (أو القول) :

اللفـظ : هو الأداة الطبيعيـة الأصليـة في التعبير عن الإرادة الخفيـة ,وهو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولتـه وقوة دلالتـه ووضوحـه ، فيلجـأ إليـه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان . ولا يشترط فيه عبارة خاصة ، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم ؛ لأن الأصل في العقود هو الرضا ، لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقولـه عليـه الصلاة والسلام : « إنما البيع عن تراض » .

مـادة النفـظ : وعليـه فلا يشترط في العقود كالبيـع والإيجـار والرهن والهبـة ونحوها لفظ معين أو عبارة مخصوصة ، كأن يقول البائع : بعت بكـذا ، أو ملكتـه لـك بكـذا ، أو أعطيتـه لـك بكـذا ، أو وهبتـه بثمن كـذا . ويقول المشتري : اشتريت ، أو قبلت ، أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع .

أمـا عقـد الـزواج فـاختلف الفقهـاء في شـأن الألفـاظ المستعملـة فيـه ، نظراً لخطورته وقداسته .

فقال الحنفية والمالكية[1] : يصح انعقاد الزواج بكل لفظ يـدل على تمليـك العين في الحال ، كالتزويج والنكاح والتمليك ، والجعل ، والهبة والعطيـة والصـدقـة ، بشرط توافر النية أو القرينة الـدالـة على أن المراد بـاللفـظ هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود للمقصود ؛ لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ بتراضي العاقدين ، فيصح بكل لفظ يدل على تراضيهما وإرادتهما . وقـد ورد لفـظ « الهبـة » في القرآن الكريم دالاً على صحة استعماله لإبرام الزواج ، كما ورد في السنة النبوية استعمال عبارة « التمليك » .

---

(١) فتح القدير : ٢/ ٣٤٦ ، الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين : ٢/ ٣٦٨ وما بعدها ، القوانين الفقهيـة : ص ١٩٥ ، الشرح الكبير للدردير : ٢/ ٢٢٠ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/ ١٦٨ .

أمـا الوارد في القرآن فقولـه تعـالى : ﴿ وامرأة مؤمنـة إن وهبت نفسهـا للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾[1] والخصوصيـة للنبي ﷺ في قوله تعالى ﴿ خالصة لك ﴾ ليست في انعقـاد زواجـه بلفـظ « الهبـة » وإنمـا في صحـة زواجه بغير مهر .

وأما الوارد في السنة فقوله عليه السلام لخـاطب من الصحـابـة يحفـظ سوراً من القرآن : « ملكتكها بما معك من القرآن »[2] .

ولا يصح الزواج بلفظ لا يفيد الملك كإجارة وإعـارة ووصيـة ورهن ووديعـة ونحوها ، ولا بالألفاظ المصحفة مثل تجوزت .

وقال فقهاء الشافعية والحنـابلـة[3] : يشترط لصحـة عقـد الزواج استعمال لفظي « زوج أو نكـح » ومـا يشتـق منهما لمن يفهم اللغـة العربيـة . أمـا من لا يعرف اللغـة العربية فيصح الزواج منـه بـالعبـارة التي تؤدي الغرض المقصود ، وتفهم هـذا المعنى ؛ لأن عقـد الزواج لـه خطورة لـوروده على المرأة وهي حرة ، وشرع لأغراض سـاميـة منهـا تكثير النسل وبقـاء النوع الإنسـاني ، وتكـوين الأسر ، ففيـه معنى التعبـد لله ، بتكثير عباد الله الذين يعبدونه ، مما يوجب علينـا التزام مـا ورد بـه الشرع ، ولم يرد في القرآن الكريم إلا هذان اللفظـان فقط وهما « النكاح والتزويج » وذلك في أكثر من عشرين آية ، منها : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾[4] ومنها ﴿ فلما قضى زيـد منها وطراً زوجناكها ﴾[5] .

---

(١) الأحزاب : ٥٠ .

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد (نيل الأوطار : ٦/ ١٧٠) .

(٣) مغني المحتاج : ٣/ ١٣٩ ، المغني : ٦/ ٥٣٢ وما بعدها .

(٤) النساء : ٣ .

(٥) الأحزاب : ٣٧ .

ويمكن أن يكون رأي الحنفية والمالكية أرجح ، لأن الزواج كغيره من العقود ، فيصح بكل لفظ بنبئ عن الرضا والإرادة .

صيغة اللفظ أو نوع الفعل :

اتفق الفقهاء على صحة انعقاد العقد **بالفعل الماضي** ، لأنها أدل على المراد وأقرب إلى تحقيق مقصود العقود وهو انشاؤها في الحال ، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة ، وقد تعارف الناس استعمال هذه الصيغة(١) ، وأقرهم الإسلام عليها واستعملها الرسول ﷺ في جميع العقود ، لإفادتها تنجيز العقد حالاً ودلالتها على الإرادة الجازمة وحدوث الشيء قطعاً من غير احتمال معنى آخر ، مثل بعت ، واشتريت ، ورهنت ، ووهبت ، وزوجت ، وأعرت ، وقبلت ، ونحو ذلك .

واتفق الفقهاء أيضاً على الانعقاد **بصيغة المضارع** إذا توافرت نية الحال أو دلت القرينة على إرادة إنشاء العقد حالاً ؛ لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال ، ففيه احتمال الوعد والمساومة ، فكان لا بد من النية لتعيين المراد في الحال ، وإنشاء العقد حالاً ، مثل أبيع وأشتري وأزوجك وأقبل وأرضى .

وينعقد العقد **بالجملة الاسمية** على الأصح ، مثل أنا بائع لك كذا ، أو واهب لك كذا ، فقال آخر : أنا قابل : أو قال : نعم .

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد **بلفظ الأمر** الذي يعبر به عن المستقبل ، مثل : بعني أو اشترمني ، أو آجرني ، أو خذه بكذا .

---

(١) نصت المادة ١٦٨ من المجلة على ما يأتي : الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة .

فقال الحنفية[1] : إن ما عدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر ، ولو نوى ذلك ، ما لم يقل القائل الآمر مرة أخرى في المثال السابق : اشتريت ، أو بعت ، أو استأجرت ؛ لأن لفظ الأمر مجرد طلب وتكليف ، فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً . أو كانت العبارة تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري : اشتريت منك هذا بكذا ، فقال البائع : خذه ، أو الله يبارك لك ، فكأنه قال : بعتك فخذه (المجلة : م ١٧٢) .

وأما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل : زوجيني نفسك ، فقالت : زوجتك ، أو قال الرجل لولي المرأة أو وكيلها : زوجني فلانة ، فأجاب : زوجتك ، لأن لفظ الأمر للمساومة ، وعقد الزواج يسبق عادة بالخطبة ، فلا يقصد بهذا الأمر الوعد والمساومة ، وإنما المقصود به إنشاء العقد ، لا مقدمات العقد وهي الخطبة ، فيحمل على الإيجاب والقبول . أما غير الزواج كالبيع مثلاً ، فإنه يحصل فجأة بدون مقدمات غالباً ، فيكون الأمر فيه مساومة ، عملاً بحقيقة لفظ الأمر ، ويكون المراد به العدة أو المساومة ، ولا يعدل عن المعنى الحقيقي للفظ إلى شيء آخر إلا بدليل ، ولم يوجد الدليل في البيع ، بخلاف الزواج ، كما بينا .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية[2] : ينعقد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة للفظ ثالث من الآمر ، سواء أكان بيعاً أو زواجاً ؛ لأن أساس العقد هو التراضي ، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع ، فينعقد بها العقد ، ويكون الآمر أو المستدعي عاقداً فعلاً : بائعاً أو مشترياً مثلاً ، وهذا الرأي هو

---

(١) البدائع : ٥/ ١٣٣ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٥/ ٧٥ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٩ وما بعدها ، المجلة : م ١٦٩ـ ١٧٢ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب : ٤/ ٢٢٨ـ ٢٤٠ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/ ١٦٨ ، مغني المحتاج : ٢/ ٤ـ٥ ، المغني : ٣/ ٥٦٠ .

الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة أعرافهم وعاداتهم دون مصادمة النصوص الشرعية .

واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال : وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف مثل : سأبيعك ؛ لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل ، فهو وعد بالعقد وليس عقداً ، أي أنه يدل على عدم إرادة الحال ، فلا ينعقد بها العقد ، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول .

كذلك لا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام ، لدلالتها على المستقبل ، لأنها سؤال الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً ولا قبولاً ، كأن يقول المشتري : أتبيع مني هذا الشيء ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد العقد إلا إذا انضم لذلك لفظ ثالث يقوله المشتري مرة أخرى : اشتريت ؛ لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة .

ثانياً ـ التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة) :

قد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ ، وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين ويسمى في الفقه بالمعاطاة أو التعاطي أو المراوضة : وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول[1] .

مثل أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً .

ففي البيع لو وجد الرجل سلعة مسعرة كتب عليها الثمن كساعة أو حلي ، فناول الثمن للبائع وأخذ السلعة دون إيجاب وقبول لفظيين ، انعقد البيع لدلالته على

---

(١) نصت المادة ١٧٥ من المجلة على ما يأتي : «حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي» وذكرت المادة أمثلة لذلك .

التراضي في عرف الناس . كذلك ينعقد لو اقتصر المشتري على دفع عربون ؛ لأنه جزء من الثمن .

وفي الإجارة : لو ركب الإنسان سيارة من وسائل النقل ، ثم دفع ثمن التذكرة إلى الجابي دون كلام متبادل صح الإيجار عرفاً .

لكن الفقهاء اختلفوا في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على أقوال ثلاثة :

الأول - مذهب الحنفية[1] والحنابلة[2] : ينعقد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس ، سواء أكان الشيء يسيراً كالبيضة والرغيف والجريدة أم نفيساً « كثير الثمن » كالدار والأرض والسيارة ؛ لأن تعارف الناس دليل ظاهر على التراضي ، سواء تمت المبادلة الفعلية من الجانبين ، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ على الأصح المفتى به ، وسواء في ذلك البيع والإجارة والإعارة والهبة والرجعة .

وذلك بشرط أن يكون ثمن المعقود عليه معلوماً تماماً ، وإلا فسد العقد ، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد .

والقانون المدني السوري يتفق مع هذا الرأي ، كما جاء في المادة ٩٣ / ١ .

الثاني - مذهب مالك وأصل مذهب أحمد[3] : ينعقد العقد بالفعل أو بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا ، سواء تعارفه الناس أم لا ، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس ، فكل ما يدل على البيع أو الإجارة ، أو الشركة أو الوكالة وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به ؛ لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به ، وقد تعامل الناس

---

(١) البدائع : ٥/ ١٣٤ ، فتح القدير : ٥/ ٧٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ١١ وما بعدها .

(٢) غاية المنتهى : ٢/ ٥ .

(٣) مواهب الجليل : ٤/ ٢٢٨ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٣/ ٣ ، بداية المجتهد : ٢/ ١٦١ ، المغني : ٣/ ٥٦١ ، فتاوى ابن تيمية : ٣/ ٢٦٧ وما بعدها .

به من عصر النبوة فما بعده . ولم ينقل عن النبي ﷺ وأصحابه الاقتصار على الإيجاب والقبول ، ولا إنكار التعاطي ، فكانت القرينة كافية في الدلالة على الرضا .

الثالث ـ مذهب الشافعية والشيعة والظاهرية[1] : لا تنعقد العقود بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوة دلالتها على التعاقد ؛ لأن الرضا أمر خفي ، لا دليل عليه إلا باللفظ ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد ، فلا يعقد به العقد ، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية ، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهمة أو الكتابة .

ونظراً لما يشتمل عليه هذا المذهب من تشدد وشكلية محددة ومجافاة لمبدأ المرونة والسماحة واليسر ، فقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبغوي والمتولي ، صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة ، وبعض الشافعية كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقَّرات أي غير النفيسة : وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز ، أو رغيف ، وحزمة بقل ونحوها[2] .

عقد الزواج : وبغض النظر عن الاختلاف السابق في التعاقد بالمعاطاة ، أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، كإعطاء المهر مثلاً ، بل لابد من القول للقادر عليه ؛ لأن عقد الزواج خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة ، فكان لابد من الاحتياط له ، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة : وهو القول ، حفاظاً على كرامة المرأة ومستقبلها ، وصوناً لها عن الابتذال ، ولأن عقد الزواج يتطلب الإشهاد عليه ، تمييزاً له عن السفاح أو الزنا ، ولا يتمكن الشهود من معرفة عقد الزواج إلا بسماع لفظ

---

(١) مغني المحتاج : ٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٥٧/١ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٢ ، المحلى لابن حزم : ٨/ ٤٠٤ ، المهذب : ٢٥٧/١ .

(٢) سيأتي بحثه في عقد البيع .

الإيجاب والقبول[1] .

وكالزواج عند الإمام الشافعي : الطلاق والخلع والرجعة ، لا تجوز إلا بالقول .

ثالثاً ـ التعاقد بالإشارة :

الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس .

أ ـ إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد العقد بإشارته ، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة ؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة ، فلا بد من العبارة ، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية[2] .

لكن القانون المدني السوري وغيره في المادة ٩٣ / ١ أجاز انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفاً ، ولو كانت من الناطق ، إذ لم يقيدها بالخرس . وهذا يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة[3] الذين يجيزون التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة ، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد ، كما بينا في المعاطاة .

ب ـ وأما العاقد العاجز عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان ، فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها على الرواية الراجحة عند الحنفية ؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وأبعد عن الاحتمال من الإشارة ، فيلجأ إليها .

وإن كان لا يحسن الكتابة ، وله إشارة مفهمة ، فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة ، حتى لا يحرم من حق التعاقد ، وعليه نصت القاعدة

---

(١) الدر المختار : ٢/٣٦٤ وتنص المادة ٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يأتي : « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين ، وقبول من الآخر» والمادة ٦ تنص : « يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً ».

(٢) البدائع : ٥/ ١٣٥ ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٩ ، نهاية المحتاج : ٣/ ١١ .

(٣) الشرح الكبير : ٣/٣ ، المغني : ٥/٥٦٢ .

الفقهية : « الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان » (م / ٧٠ من المجلة) . هذا إذا كان الخرس أصلياً ، بأن ولد أخرس ، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس ، فلا تعتبر إشارته إلا إذا دام به الخرس حتى وقع اليأس من كلامه ، وصارت الإشارة مفهومة ، فيلحق بالأخرس الأصلي .

رابعاً ـ التعاقد بالكتابة :

يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين ، ناطقين أو عاجزين عن النطق ، حاضرين في مجلس واحد ، أو غائبين ، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان ، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل) ، فإذا كانت غير مستبينة كالرقم أو الكتابة على الماء أو في الهواء ، أو غير مرسومة كالرسالة الخالية من التوقيع مثلاً ، لم ينعقد بها العقد ، وعليه نصت القاعدة الفقهية : (الكتاب كالخطاب) (م ٦٩ مجلة) وهذا رأي الحنفية والمالكية[1] .

وذلك كأن يرسل شخص خطاباً لآخر يقول فيه : « بعتك سيارتي بكذا » ، فإذا وصله الكتاب ، فقال في مجلس قراءة الكتاب : قبلت ، انعقد البيع . فإن ترك المجلس ، أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب ، كان قبوله غير معتبر .

وفي حال إرسال رسول إلى آخر مثل إرسال الكتاب ، يعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد ، فيلزم أن يقبل فيه ، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل انتهى مفعول الإيجاب . فالمعتبر هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة . وصورة الإرسال : أن يقول شخص : بعت لفلان كذا ، فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٤/ ١٠ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٣/٣ ، فتح القدير : ٥/ ٧٩ ، البدائع : ١٣٧/٥ .

الرسول ، فأخبره ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك صح العقد[1] .

لكن **عقد الزواج** لا يصح انعقاده بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد ، إلا حال العجز عن النطق كالخرس ؛ لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين ، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة .

وقيد الشافعية والحنابلة[2] صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين ، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة ؛ لأن العاقد قادر على النطق ، فلا ينعقد العقد بغيره .

الفرع الثاني ـ شروط الإيجاب والقبول :

الشرط : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون جزءاً خارجاً عن حقيقته . كالوضوء أو الطهارة للعبادات ، لا تصح الصلاة بدون الطهارة ، لكنها غير داخلة في تكوين الصلاة . وكالقدرة على التسليم في المعاملات لا بد منها لانعقاد العقد ، لكنها ليست جزءاً داخلاً في تكوين العقد . وبذلك يظهر أن الركن والشرط يتوقف عليهما وجود الشيء ، إلا أن الركن داخل في حقيقة الشيء وجزء منه ، أما الشرط فخارج عن الحقيقة ولا يعد جزءاً منها .

وقد اشترط الفقهاء **لانعقاد العقد** شروطاً ثلاثة في الإيجاب والقبول هي[3] :

١ ـ وضوح دلالة الإيجاب والقبول ، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول

---

(١) نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة ٩٨ : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول . . . » .

(٢) المهذب : ١/ ٢٥٧ ، غاية المنتهي : ٢/ ٤ .

(٣) البدائع : ٥/ ١٣٦ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥ ، فتح القدير : ٥/ ٨٠ ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف : ص ٦٩ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/ ٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٥ ، غاية المنتهى : ٢/ ٤ ، نهاية المحتاج : ٣/ ٨ـ ١٠ .

واضح الدلالة على مراد العاقدين ، بأن تكون مـادة اللفـظ المستعمل لهما في كل عقـد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ؛ لأن الإرادة الباطنة خفية ، ولأن العقـود يختلف بعضهـا عن بعض في مـوضـوعهـا وأحكامهـا ، فـإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به .

ولا يشترط لهذه الدلالة لفظ أو شكل معين ، فـإن الشكليـة في غير عقـد الزواج والعقود العينية كالهبـة والرهن غير مطلوبـة فقهـاً ؛ لأن العبرة في العقود للمعـاني ، لا للألفاظ والمبـاني ، فيصح البيع بلفـظ الهبـة بعوض ، وينعقـد الزواج بلفـظ الهبـة إذا اقترن بالمهر .

٢ ـ تطابق القبول والإيجاب : بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بـأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبـه ، أي على كل محل العقـد ، ومقـدار العوض في عقود المعاوضات ، سواء أكانت الموافقة حقيقيـة ، كما لو قـال البـائع : بعتـك الشيء بعشرة ، فيقول المشتري : اشتريتـه بعشرة ، أو ضمنيـة ، كما لو قـال المشتري في المثـال السـابـق : اشتريته بخمس عشرة . أو أن تقول المرأة : زوجتك نفسي بمئـة ، فيقول الزوج : قبلت الزواج بمئـة وخمسين ، فـالتوافق متحقق ضمنـاً ، وهـذه المخـالفـة خير للموجب . لكن العقد لا يلزم إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب أي مئة في المثال الأخير ، وأما الزيـادة فموقوفـة على قبول الموجب في مجلس العقـد ، فـإن قبل بـه الموجب لزم القـابل ؛ لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث .

فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب ، وحدثت مخالفـة بينهما ، لا ينعقـد العقـد ، كأن خالف القـابل في محل العقـد ، فقبل غيره ، أو بعضـه ، مثل قول البـائع : بعتـك الأرض الفـلانيـة ، فيقـول المشتري : قبلت شراء الأرض المجـاورة لهـا ، أو قبلت شراء نصفهـا بنصف الثمن المتفق عليـه ، فلا ينعقـد العقـد لمخـالفتـه محـل العقـد ، أو لتفرق الصفقة على البائع ، والمشتري لا يملك تفريقها أي تجزئتها .

وإذا خالف في مقدار الثمن ، فقبل بأقل مما ذكر البائع ، لا ينعقد العقد أيضاً ، وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره ، كأن أوجب البائع بثمن حال نقدي ، فقبل المشتري بثمن مؤجل ، أو أوجب بأجل إلى شهر معين ، فقبل المشتري بأجل أبعد منه ، لم ينعقد البيع في الحالتين ، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب ، وحينئذ لا بد من إيجاب جديد .

ويختلف القانون المدني مع الفقه الحنفي في حالة المخالفة إلى خير للموجب ، إذ يقرر القانونيون[1] أن العقد لا يتم ، كما يفهم من صريح المادة ٩٧ مدني سوري « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » لكن يتفق ذلك مع ظاهر مذهب الشافعي[2] .

٣ ـ اتصال القبول بالإيجاب : بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب .

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر بأن يسمع الإيجاب ويفهمه ، وبألا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد ، سواء من الموجب أو من القابل .

ومجلس العقد : هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد . وبعبارة أخرى : اتحاد الكلام في موضوع التعاقد .

ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط ثلاثة هي[3] :

أولها ـ أن يكونا في مجلس واحد ، وثانيها ـ ألا يصدر من أحد العاقدين

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٢١٩ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٦ .

(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص ١٧٥ ، ط ١٩٣٩ .

ما يدل على إعراضه، ثالثها - ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

الشرط الأول - أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول: فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول. فلو قال البائع: بعتك الدار بثمن كذا، أو آجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحوالي مترين أو ثلاثة، أو إلى غرفة أخرى، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد؛ لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

وهل تشترط الفورية في القبول؟

قرر جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة[1]) أنه لا يشترط الفور في القبول، لأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التأمل، وإنما يكفي صدور القبول في مجلس واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل؛ للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والحرج، ودفعاً للضرر عن العاقدين قدر الإمكان.

وقد أخذ القانون المدني في المادة ٩٥ / ٢ بهذا الرأي، فلم يشترط الفورية في

---

(١) البدائع: ٥/١٣٧، فتح القدير: ٥/٧٨، الشرح الكبير للدردير: ٣/٥، الشرح الصغير: ٣ حاشية ص ١٧، غاية المنتهى: ٢/٤، مواهب الجليل للحطاب: ٤/٢٤٠، الشرح الكبير مع المغني: ٤/٤.

القبول ، وصرح الأستاذ السنهوري بأن القانون أخذ هذا من الفقه الحنفي[1] .

وقال الرملي من الشافعية[2] : يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، فلو تخلل لفظ أجنبي لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته ، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب ، فلا ينعقد العقد . لكن لو قال المشتري بعد توجيه الإيجاب له : بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، قبلت ، أي (الشراء) صح العقد .

واتجاه الشافعية هذا متمش مع الأصل في القبول : وهو أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد ، ويخفف تشدد هذا الرأي أخذ الشافعية بمبدأ **خيار المجلس** لكل من العاقدين بعد انعقاد العقد ، والذي بمقتضاه يثبت لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في المجلس لم يفترقا عنه بأبدانهما .

هذا وقد فسر غير الرملي من الشافعية اتصال القبول بالإيجاب بأنه السائد عرفاً بين الناس ، فلا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول . فيكون رأي الشافعية كغيرهم[3] .

التعاقد بالهاتف والمراسلة :

ليس المراد من اتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد ؛ لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر ، إذا وجد بينهما واسطة اتصال ؛ كالتعاقد بالهاتف ، أو بالمراسلة . وإنما المراد باتحاد المجلس اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد . فمجلس العقد : هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٢١٥ .

(٢) نهاية المحتاج : ٣/٨ ، مغني المحتاج : ٢/٦ .

(٣) حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي : ١/٣٥٤ ، المجموع للنووي : ٩/١٧٩ .

على التفاوض في العقد[1] وعن هذا قال الفقهاء : «إن المجلس يجمع المتفرقات»[2] .

وعلى هذا يكون مجلس العقد في المكالمة الهاتفية : هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد ، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس .

ومجلس التعاقد بإرسال رسول ، أو بتوجيه خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة ، أو وصول الخطاب ، كما بينا سابقاً ؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه وخوطب بالإيجاب فقبل ، فينعقد العقد . وفي مكاتبة الغائب بخطاب يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخوطب بالإيجاب ، فقبل في المجلس . فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان لم ينعقد العقد . وبه يتبين أن مجلس التعاقد بين حاضرين : هو محل صدور الإيجاب ، ومجلس التعاقد بين غائبين : هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة ، أو المحادثة الهاتفية .

لكن للمرسل أو للكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة أو الخطاب . ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها ، كما سنبين .

التعاقد حالة المشي أو الركوب :

إذا تعاقد شخصان على ظهر سفينة أو متن طائرة ، أو في قطار أو سيارة ، انعقد العقد ، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أو ماشية ؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل ، فاعتبر مجلس العقد فيها مجلساً واحداً ، مما يؤكد أن المقصود من اتحاد المجلس اتحاد الزمان وليس الاتحاد المكاني المادي .

لكن إذا كان العاقدان ماشيين على الأقدام ، أو راكبين دابة واحدة أو دابتين ،

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء : ف ١٧١ .

(٢) البدائع : ٥/ ١٣٧ .

فقد تشدد الحنفية في تصور المجلس . فقالا : إذا تم القبول متصلاً بالإيجاب ، انعقد العقد ، حتى ولو مشيا خطوة واحدة ، أو خطوتين . فإن مشيا خطوات ثلاثة فأكثر، ثم حدث القبول ، لم ينعقد العقد ؛ لأن العاقدين يستطيعان الوقوف ، أو إيقاف الدابة لمداولة العقد ، فإن سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول . ويجعل السير دليلاً على الإعراض عن العقد[(١)] .

وهذا ما حدا بالدكتور السنهوري إلى القول بأن نصوص المذهب الحنفي أغرقت في تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه[(٢)] .

الشرط الثاني - ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد : بأن يكون الكلام في موضوع العقد ، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد .

فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر ، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب ، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد ، بطل الإيجاب . ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متمماً للعقد ؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود ، إذا لم يتعانق مع القبول ، وسبب ذهابه أنه كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول ، ويجعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير على الطرفين ودفع العسر عنهما ليمكن تلاقي القبول به ، وانعقاد العقد .

متى يصير المجلس قد تغير ؟

العرف الشائع بين الناس هو الحكم في بيان اتحاد المجلس أو تغيره ، فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس ، نشأ العقد ، وإذا صدر القبول بعد تغير المجلس لم يعتبر

---

(١) البدائع : ٢/ ٢٣٢ ، و ٥/ ١٣٧ ، فتح القدير : ٥/ ٧٨ - ٨٠ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري : ٢/ ٧ .

ولم ينشأ به العقد . وضابط ذلك أن القبول يكون معتبراً ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين ، وما دام المجلس قائماً[1] .

وتحقيق هذا المبدأ عند الحنفية[2] : أنه لو أوجب أحد الطرفين البيع ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد العقد ؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع عن العقد .

والاحتكام إلى العرف في بيان ما يغير المجلس متفق عليه بين المذاهب[3] حتى عند بعض الشافعية القائلين بفورية القبول ؛ لأن الفورية شيء ، والحكم بتغير المجلس شيء آخر ، فإنهم قالوا : يعتبر العرف في تفرق العاقدين عن المجلس ، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد ، وما لا فلا ؛ لأن ما ليس له حد في اللغة ولا في الشرع ، يرجع فيه إلى العرف ، فلو كان العاقدان في دار كبيرة يتغير المجلس بالخروج من البيت إلى صحن الدار ، أو بالعكس ، وإن كانا في دار صغيرة أو في سفينة أو مسجد صغير يتغير المجلس بخروج أحدهما منه ، أو بصعود السطح ، وإن كانا في سوق أو صحراء يتغير المجلس بأن يولي أحدهما ظهره ويمشي قليلاً كثلاث خطوات . ولو تناديا بالعقد من مكان بعيد ، بقي المجلس ما لم يفارق أحدهما مكانه ، فإن مشى كل منهما ولو إلى صاحبه ، تغير المجلس . ولو تماشى الطرفان مسافة دام المجلس ، وإن زادت المدة على ثلاثة أيام ما لم يعرضا عما يتعلق بالعقد .

الشرط الثالث ـ ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل :

لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل ، فإن عدل عن إيجابه ، لم يصح القبول .

---

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٥٩ .

(٢) البدائع : ١٣٧/٥ ، فتح القدير والهداية : ٧٨/٥ و ٨٠ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب : ٢٤٠/٤ وما بعدها ، المجموع للنووي : ٢٠١/٩ ، مغني المحتاج : ٤٥/٢ ، المحلي على المنهاج : ١٩١/٢ ، الباجوري على ابن قاسم : ٣٦٠/١ ، غاية المنتهى : ٤/٢ .

وهل يصح العدول عن الإيجاب في مجلس العقد ؟

أجاب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)[1] للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حنيئذ ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فيقدم عليه عند التعارض ؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود .

والقانون المدني في المادة ٩٥ يتفق مع هذا الرأي، فإنه إذا لم يعين ميعاد للقبول يجوز للموجب التحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً .

وقال أكثرية المالكية[2] : ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس ؛ لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد . وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب .

تعيين مدة للقبول : إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، فيلتزم بها عند فقهاء المالكية ؛ لأنهم قالوا كما بينا : ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فيكون من باب أولى ملتزماً بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول كأن يقول : أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس . وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة وهو « المسلمون على شروطهم »[3]، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد .

---

(١) البدائع : ١٣٤/٥، مغني المحتاج : ٤٣/٢، غاية المنتهى : ٢٩/٢ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب : ٢٤١/٤ .

(٣) هو حديث نبوي رواه الترمذي عن عمرو بن عوف، وقال : هذا حديث حسن صحيح (نيل الأوطار: ٢٥٤/٥)

والقانون المدني في المادة ٩٤ يقرر ذلك : «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال ، أو من طبيعة التعامل» .

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس :

اتحاد المجلس شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة : الوصية ، والإيصاء ، والوكالة .

أما الوصية (وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت) : فيستحيل فيها تحقق اتحاد المجلس ؛ لأن القبول لا يصح من الموصى له في حال حياة الموصي ، وإنما يكون بعد وفاته مصراً على الوصية .

وأما الإيصاء (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته) : فلا يلزم صدور القبول فيه في حياة الموصي ، وإنما يصح بعد وفاته ، وعلى كل حال لا يصبح وصياً إلا بعد وفاة الموصي ، وإن قبل في حياته .

وأما الوكالة (وهي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل في أثناء الحياة) فمبنية على التوسعة واليسر والسماحة ، فلا يشترط فيها اتحاد المجلس ؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ (القول) ، أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل فيه ، ويصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد) ، فبمجرد علمه بالتوكيل له القيام بالعمل الموكل فيه[١] .

وكالوكالة عند الحنابلة : كل عقد جائز غير لازم يصح القبول فيه على التراخي ، مثل الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ، والوديعة والجعالة .

---

(١) البدائع : ٦/ ٢٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٤/ ٢١ ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٢٢ ، غاية المنتهى : ٢/ ١٤٧ .

مبطلات الإيجاب : يبطل الإيجاب بالأمور التالية[1]

١ ـ رجوع الموجب عنه قبل القبول في المجلس، على رأي الجمهور.

٢ ـ رفض الإيجاب من الطرف الآخر، إما صراحة كأن يقول: لا أقبل، أو ضمنا كأن يعرض عنه إما بالقيام عن المجلس بعد القعود، أو بالاشتغال بعمل آخر كأكل، أو سماع حديث آخر، أو قراءة خبر صحفي ونحوه.

٣ ـ انتهاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين عرفاً؛ لأن الإيجاب يظل قائماً في المجلس، فلما انتهى بطل مفعوله، لأن المجلس يجمع المتفرقات.

٤ ـ خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه وكذا فقد القابل أهليته بهذه الأسباب؛ لأن انعقاد العقد يتوقف على توافر الأهلية، فإذا فقدت لم ينعقد العقد، لاحتمال وجود الرجوع عن الإيجاب، أو لعدم فهم القبول، أو لعدم صدور قبول معتبر شرعاً.

٥ ـ هلاك محل العقد قبل القبول، أو تغيره بما يصيره شيئاً آخر، مثل قلع عين حيوان، أو انقلاب عصير العنب خمراً، ونحو ذلك.

العنصر الثاني ـ العاقد :

الإيجاب والقبول اللذان يكونان ركن العقد كما بينا، لا يتصور وجودهما من غير عاقد، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية. لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود، وآخرون صالحون لكل عقد.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٢١، فتح القدير: ٥/ ٨٠ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/ ٥، مغني المحتاج: ٢/ ٦، غاية المنتهى: ٢/ ٥.

وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه ، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره .

ويستلزم ذلك بحث الأهلية والولاية ، لكن بقدر إجمالي ، وأما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فمتروك لكتب الفقه والأصول[1] المطولة ، ولمادة الأحوال الشخصية ومدخل القانون ، إذ إن نصوص الأهلية والولاية موزعة بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني السوريين .

والذي يهمنا من بحث الأهلية أن العاقد يشترط فيه عند الحنفية والمالكية[2] : أن يكون عاقلاً أي مميزاً أتم سن السابعة[3] ، فلا ينعقد تصرف غير المميز لصغر أو إغماء أو جنون ، وتصح تصرفات الصبي المميز[4] المالية على التفصيل الآتي (راجع المادة ٩٦٧ من المجلة) :

أ ـ التصرفات النافعة نفعاً محضاً : وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل ، كالاحتطاب ، والاحتشاش والاصطياد ، وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين . تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي ، لأنها لنفعه التام .

ب ـ التصرفات الضارة ضرراً محضاً : وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل ، كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالته لغيره بالدين أو

---

(١) راجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي : ص ١٧٠ وما بعدها ، ط ثانية .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥ ، الشرح الكبير : ٣ / ٥ .

(٣) المميز : هو الذي إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه .

(٤) اشترط الشافعية والحنابلة لانعقاد العقود : الرشد وهو البلوغ مع العقل ، وصلاح الدين والمال ، فلا يصح التصرف من صبي ولا من مجنون ولا من محجور عليه بسفه أي تبذير المال . واستثنى الحنابلة شراء الشيء اليسير وتصرف الصبي بإذن وليه (مغني المحتاج : ٢ / ٧ ، غاية المنتهى : ٢ / ٥) .

بالنفس لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ ، ولو أجازها وليه ؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر.

ج ـ التصرفات المترددة بين الضرر والنفع : وهي التي تحتمل الربح والخسارة كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها . تصح من الصبي المميز، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته ما دام صغيراً أو على إجازته لنفسه بعد البلوغ ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل[1] . فإن أجيزت نفذت ، وإلا بطلت ، والإجازة تجبر نقص الأهلية .

والأشخاص بالنسبة للأهلية : إما عديم الأهلية وغير المميز فتعد تصرفاتها باطلة ، أو ناقص الأهلية كالصبي المميز فيصح بعض تصرفاته ، ويبطل بعضها الآخر ، ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق ، أو كامل الأهلية وهو الراشد الذي تصح منه كل التصرفات وتنفذ ما لم يكن محجوراً عليه بسبب السفه أو الدين ، أو كان ممنوعاً من التصرف بسبب مرض الموت أو الفقد أو الغياب . وكل ذلك يضطرنا إلى بحث الأهلية والولاية .

وبه تعرف أحكام الأهلية إجمالاً علماً بأن القانون المدني استمد أحكامها من الفقه الإسلامي وذلك في المواد (٤٦ ـ ٥٠) وقد اعتبر القانون أحكام الأهلية من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، فكل اتفاق مخالف لأحكامها باطل ، ولا يجوز للشخص التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها (المادة ٥٠) .

أولاً ـ الأهلية :

الأهلية في اللغة : الصلاحية ، وفي اصطلاح الفقهاء : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه ، وصحة التصرفات منه . وهي نوعان :

---

(١) التلويح على التوضيح : ٢/ ١٦٥ وما بعدها .

أهلية وجوب ، وأهلية أداء[1] .

أ ـ **أهلية الوجوب :** هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله ، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمن المبيع وعوض القرض ، أي أن لهذه الأهلية عنصرين :

عنصر إيجابي : وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائناً ، وهو عنصر الإلزام أو الدائنية .

وعنصر سلبي : وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مديناً ، وهو عنصر الالتزام أو المديونية .

ومناط هذه الأهلية : هو الحياة أو الصفة الإنسانية[2] ، فكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب . فالأهلية تبدأ في الفقه مع بدء الشخصية ، فهي ملازمة للشخصية ، وصفة من صفات الشخصية . والشخصية تبدأ في فقهنا منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت .

وفي القانون المدني تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً ، وتنتهي بموته (م ٣١)

والعنصر السلبي للأهلية (أي المديونية) يتطلب وجود شيء آخر في الشخصية وهو **الذمة :** وهي وصف شرعي مقدر كوعاء اعتباري في الشخص تثبت فيه الديون والالتزامات المترتبة عليه .

وبناء عليه : يتوقف ثبوت الحق للشخص على وجود **أهلية** فيه . وأما ثبوت الديون عليه فيتوقف على وجود ظرف اعتباري مفترض في كل شخص هو **الذمة** .

---

(١) مرآة الأصول : ٢/ ٤٣٥ ، التقرير والتحبير : ٢/ ١٦٤ ، كشف الأسرار على أصول البزدوي ص ١٣٥٧ ، حاشية نسمات الأسحار : ص ٢٧٢ .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٤٠٨ .

فيقال : لفلان في ذمة فلان مبلغ مالي كذا[1] .

وأهلية الوجوب نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الوجوب الناقصة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للإلزام ليكون دائناً لا مديناً . وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة . وسبب نقص أهليته أمران : فهو من جهة يعد جزءاً من أمه ، ومن جهة أخرى يعد إنساناً مستقلاً عن أمه ، متهيئاً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه . لذا فإنه تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له : وهي التي لا تحتاج إلى قبول ، وهي أربعة أنواع[2] :

١ ـ النسب من أبويه .

٢ ـ الميراث من قريبه المورث ، فيوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى .

٣ ـ استحقاق الوصية الموصى له بها .

٤ ـ استحقاقه حصته من غلات الوقف الموقوفة عليه .

لكن الحقوق المالية الثلاثة الأخيرة ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حياً . فإن ولد حياً ثبتت له ملكية مستندة إلى وقت وجود سببها أي بأثر رجعي . وإن ولد ميتاً رد نصيبه إلى أصحابه المستحقين له . فغلة الوقف تعطى لبقية المستحقين ، والموصى به يرد إلى ورثة الموصي ، وحصة الميراث المجمدة له توزع لبقية الورثة . وثبوت الحق للجنين في الوقف هو رأي الحنفية

---

(١) المرجع السابق : ف ٤١٠ ، مدخل نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء أيضاً : ف ١١٨ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار على أصول البزدوي : ص ١٣٥٩ وما بعدها ، القواعد لابن رجب الحنبلي : ص ١٧٨ وما بعدها .

والمالكية ، أما رأي الشافعية والحنابلة فلا يثبت له حق التملك إلا بالإرث والوصية ، فلا يصح عندهم الوقف على الجنين ، لأنه يشترط إمكان التملك في الحال وهو لا يتملك .

أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة فلا تثبت له ، ولو مارسها عنه وليه (الأب أو الجد) إذ ليس له ضرورة بها ، ولأن الشراء له يلزمه بالثمن وهو ليس أهلاً للالتزام .

وأما الواجبات أو الالتزامات لغيره فلا تلزمه ، كنفقة أقاربه المحتاجين[1] .

والخلاصة : أن الجنين له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق فقط ، وليست له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

أهلية الوجوب الكاملة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ، وتحمل الواجبات (أو الالتزامات) . وتثبت للشخص منذ ولادته حياً ، دون أن تفارقه في جميع أدوار حياته ، فيصلح لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات . ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية .

وتحديد وجود الولادة : فيه رأيان للفقهاء ، قال الحنفية[2] : تثبت أهلية الوجوب بمجرد ظهور أثر الجنين حياً . وقال غير الحنفية[3] : لا تثبت هذه الأهلية إلا بتمام ولادة الجنين حياً . وبهذا الرأي أخذ القانون المدني السوري (م ٣١) وقانون الأحوال الشخصية السوري (م ٢٣٦ / ١ ، ٢٦٠ / ٢) .

وأما الحقوق الثابتة للطفل بعد الولادة : فهي التي تحصل له نتيجة التصرف

---

(١) قرر فقهاء الحنابلة إيجاب نفقة الأقارب على الحمل من ماله (القواعد لابن رجب : ص ١٨١) .

(٢) شرح السراجية : ص ٢١٦ وما بعدها .

(٣) المغني : ٦/٣١٦ وما بعدها .

الذي يمكن للولي أو الوصي أن يمارسه بالنيابة عنه، كتملك ما يشترى له أو يوهب له.

وأما الالتزامات الواجبة على الطفل فهي كل ما يستطاع أداؤه عنه من ماله، سواء من حقوق العباد أو من حقوق الله، وهي:

(١) الأعواض المالية في الأفعال المدنية كثمن المشتريات وأجرة الدار، أو في الأفعال الجنائية كتعويض المتلفات التي يتلفها من أموال الآخرين.

(٢) والضرائب المالية للدولة كعشر الزرع وخراج الأرض (ضريبة الأراضي الزراعية) وضريبة ورسوم الجمارك والمباني وضريبة الدخل ونحوها.

(٣) والصلات الاجتماعية المنوطة بالغنى كنفقة الأقارب والمعسرين وزكاة الفطر في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف[١]. وزكاة المال في رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية[٢]، رعاية لمصلحة الفقراء والمحتاجين والمجتمع بصفة عامة، وهو رأي أقوم وأفضل وأحق بالعمل، لا سيما في ظروفنا الحاضرة.

وأما الحنفية فلم يوجبوا الزكاة في مال الصبي لأنهم اعتبروها عبادة مالية، والطفل لا يكلف بالتكاليف الدينية إلا بعد البلوغ.

ويلاحظ أن أهلية الوجوب، ولو كانت كاملة **ليس لها أثر في إنشاء العقود**، فكل تصرف من الطفل غير المميز، حتى ولو كان نافعاً نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية، يعد باطلاً، لأن عبارته ملغاة.

كذلك لا يجب على الطفل غير المميز شيء من العبادات الدينية كالصلاة والصوم والحج.

---

(١) التلويح على التوضيح: ٢/١٦٣ وما بعدها، ط صبيح، كشف الأسرار: ص ١٣٦ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد: ١/٢٣٦ وما بعدها، ط الاستقامة.

وأما الذمة المالية فتثبت للطفل كاملة بمجرد الولادة وتلازمه طوال الحياة .

٢ ـ أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً ، وهي ترادف المسؤولية ، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها ، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص . فالصلاة ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب ، والجناية على مال الغير توجب المسؤولية .

وأساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك ، فمن ثبتت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية كالصلاة والصوم ، وتصرفاته المدنية كالعقود[1] .

ولا وجود لهذه الأهلية للجنين أصلاً ، ولا للطفل قبل بلوغ سن التمييز وهو تمام سن السابعة . فقبل التمييز تكون هذه الأهلية منعدمة ، والمجنون مثل غير المميز لا تترتب على تصرفاتها آثار شرعية ، وتكون عقودهما باطلة ، إلا أنهما يؤاخذان مالياً بالجناية أو الاعتداء على نفس الغير أو على ماله . ويقوم الولي (الأب أو الجد) أو الوصي بمباشرة العقود والتصرفات التي يحتاجها الطفل غير المميز أو المجنون .

وأهلية الأداء نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الأداء الناقصة : هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر ، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره ، وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ . ويعد في حكم المميز : الشخص المعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل وفقده ، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز .

---

(١) التلويح على التوضيح : ١٦٤/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار : ص ١٣٦٨ وما بعدها .

ويفرق بالنسبة للمميز والمعتوه بين حقوق الله وحقوق العباد :

أما حقوق الله تعالى : فتصح من الصبي المميز كالإيمان والكفر[1] والصلاة والصيام والحج ، ولكن لا يكون ملزماً بأداء العبادات إلا على جهة التأديب والتهذيب ، ولا يستتبع فعله عهدة في ذمته ، فلو شرع في صلاة لا يلزمه المضي فيها ، ولو أفسدها لا يجب عليه قضاؤها .

وأما حقوق العباد فعند الشافعي وأحمد : تعد عقود الصبي وتصرفاته باطلة .

وأما عند الحنفية : فإن تصرفاته المالية أقسام ثلاثة : نافعة نفعاً محضاً وضارة ضرراً محضاً ، ودائرة بين النفع والضرر ، على النحو السابق الذي بيناه .

وأهلية الأداء الكاملة : هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره . وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلاً أي للبالغ الرشيد ، فله بموجبها ممارسة كل العقود ، من غير توقف على إجازة أحد .

والبلوغ يحصل إما بظهور علامة من علاماته الطبيعية كاحتلام الولد (أي الإنزال) ومجيء العادة الشهرية (الحيض) عند الأنثى ، أو بتمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء غير أبي حنيفة لكل من الفتى والفتاة ، وعليه الفتوى والعمل ، جاء في المادة (٩٨٥ مجلة) : « يثبت حد البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل » ونصت المادة (٩٨٦ مجلة) : « على أن منتهى البلوغ خمس عشرة سنة » .

وقدر أبو حنيفة سن البلوغ بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة . وقدره الإمام مالك لهما بتمام ثماني عشرة سنة ، وقيل بتمام السابعة عشرة سنة والدخول

---

(١) اختلف الفقهاء في صحة الكفر من الصبي بالنسبة لأحكام الدنيا مع اتفاقهم على اعتبار الكفر منه في أحكام الآخرة . فعند أبي حنيفة ومحمد : تعتبر منه ردته ، فيحرم من الميراث وتبين امرأته .
وعند أبي يوسف والشافعي : لا يحكم بصحة ردته في أحكام الدنيا ، لأن الارتداد ضرر محض لا يشوبه منفعة ، فلا يصح من الصبي ولا يحرم من الإرث ولا تبين منه امرأته بالردة .

في الثامنة عشرة[1] .

والسبب في ارتباط هذه الأهلية بـالبلوغ : هو أن الأصل فيهـا أن تتحقق بتوافر العقل ، ولما كان العقـل من الأمـور الخفيـة ارتبـط بـالبلـوغ ، لأنـه مظنـة العقـل ، والأحكام ترتبـط بعلل ظـاهرة منضبطـة ، فيصبـح الشخص عـاقـلاً بمجرد البلـوغ ، وتثبت له حينئذ أهلية أداءٍ كاملة ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية . وعندها يصبح الإنسان أهلاً للتكاليف الشرعية ، ويجب عليه أداؤها ، ويـأثم بتركهـا ، وتصح منه جميع العقود والتصرفات ، وتترتب عليه مختلف آثارهـا ويؤاخـذ شرعـاً على جميع الأعمال أو الأفعال الجنائية الصادرة عنه .

أدوار الأهلية :

يفهم مما سبق أن أهلية الإنسان من مبدأ حياتـه في بطن أمـه إلى اكتمال رجولتـه تمر في مراحل أو أدوار خمسة هي :

دور الجنين ، ودور الطفولـة (عـدم التمييز) ، ودور التمييز ، ودور البلوغ ، ودور الرشد[2] .

الـدور الأول ـ دور الجنين : يبـدأ من بـدء الحمل وينتهي بـالـولادة ، وفيـه تثبت للجنين أهليـة وجوب نـاقصـة تمكنـه من ثبـوت أربعـة حقـوق ضروريـة لـه ذكرناها سابقاً ، وليست له أهلية أداء ولا ذمة مالية .

الـدور الثـاني ـ دور الطفولـة : ويبـدأ من وقت الـولادة ويستمر إلى وقت التمييز وهو بلـوغ السـابعـة من العمر . وفيـه تثبت للطفـل غير المميز أهليـة وجـوب

---

(١) تفسير القرطبي : ٣٧/٥ ، الشرح الكبير : ٣٩٣/٣ .

(٢) راجع التقرير والتحبير : ١٦٦/٢ ومـا بعـدهـا ، مرآة الأصول : ٤٥٢/٢ ومـا بعـدهـا ، فواتح الرحموت : ١٥٦/١ وما بعدها ، حاشية نسمات الأسحار : ص ٢٧٣ ، التلويح على التوضيح ، كشف الأسرار ، المرجعان السابقان .

كاملة ، فيستحق الحقوق ويلتزم بالواجبات التي تكون نتيجة ممارسة وليه بعض التصرفات نيابة عنه ، فإذا اشتري له أو وهب له ملك ، ووجب عليه العوض في المعاوضات المالية . وتكون له ذمة كاملة .

وليست له أهلية أداء ، فتكون أقواله كلها هدراً ، وعقوده باطلة ، حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية وينوب عنه فيها وليه الشرعي أو وصيه . جاء في المادة (٩٦٦ مجلة) : « لا يصح تصرفات الصغير غير المميز وإن أذن له وليه » .

كذلك تكون أفعاله هدراً سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام فلا تصح منه ، أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة أو القرض ، فلا تصح .

وأما جناياته كالقتل والضرب والقطع فلا تستوجب العقوبة البدنية ، كالقصاص والحبس ، ولا يحرم من الميراث بقتل مورثه لسقوط المؤاخذة عنه ، وإنما يلزم في ماله بدفع التعويض أو ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال حفاظاً عليها .

الدور الثالث ـ دور التمييز : يبدأ بعد سن السابعة ويستمر إلى البلوغ عاقلاً .

ومعنى التمييز : أن يصبح الولد بحالة يميز فيها بين الخير والشر ، والنفع والضرر ، ويعرف معاني الألفاظ إجمالاً . فيدرك أن البيع مثلاً سالب للمال وأن الشراء جالب للملك .

وفيه تثبت للمميز أهلية أداء ناقصة : دينية ، ومدنية ، فتصح منه العبادات البدنية كالصلاة والصيام ، ويثاب عليها ، وإن لم تكن مفروضة عليه . كما تصح منه مباشرة التصرفات المالية ، مثل قبول الهبة أو الصدقة مطلقاً ، والبيع والشراء موقوفاً على إجازة وليه . ولا يصح منه التصرف الضار بمصلحته كالتبرع بشيء من أمواله ، على ما سبق بيانه .

الدور الرابع ـ دور البلوغ : يبدأ من البلوغ إلى وقت الرشد . وقد اتفق الفقهاء عملاً بالآيات القرآنية[1] والأحاديث النبوية[2] على أن البالغ يصبح مكلفاً بجميع التكاليف الشرعية . وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية ، فيطالب بالإيمان بعناصره الستة (بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره) وبالإسلام بأركانه الخمس (شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ، وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت من استطاع إليه سبيلا) . وبتطبيق أحكام الشريعة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد في سبيل الله ؛ واحترام الأموال والأنفس والأعراض ، واجتناب المحظورات الشرعية والمعاصي والمنكرات التي تضر بمصلحة الفرد والجماعة .

وأما أهلية الأداء المدنية : فتكتمل عند الفقهاء ، خلافاً للقانون ، بسن البلوغ إذا بلغ الولد راشداً . فتنفذ تصرفاته المالية وتسلم إليه أمواله . فإن لم يؤنس منه الرشد ، فلا تنفذ تصرفاته ، ولا تسلم إليه أمواله ؛ لأن الشرع جعل البلوغ أمارة على كمال العقل ، فإن ثبت العكس عمل به .

الدور الخامس ـ دور الرشد : الرشد أكمل مراحل الأهلية ، ومعناه عند الفقهاء[3] : حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ، ولوكان فاسقاً من الوجهة الدينية (م ٩٤٧ مجلة) ويتوافر بتحقق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها . وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة .

---

(١) مثل قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح . . . ﴾ .

(٢) مثل قول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » رواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم عن علي وعمر .

(٣) هذا ما فسره ابن عباس ، وهو مذهب الحنفية والمالكية . ويرى الشافعي أن الرشد : هو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله (الدر المختار : ٥/ ١٠٥ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٧٨ ، الشرح الصغير : ٣/ ٣٩٣ ، المغني : ٤/ ٤٦٧ ، مغني المحتاج : ٢/ ٧ ، ١٦٨) .

فقد يرافق البلوغ ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً ، وقد يتقدمه ، لكن لا اعتبار له قبل البلوغ ، ومرجعه إلى الاختبار والتجربة عملاً بالآية القرآنية : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ .

وبناء عليه : إذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلمت إليه أمواله ، ونفذت تصرفاته وإقراراته .

وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء ، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء ، فلا تنفذ تصرفاته ، ولا تسلم إليه أمواله . أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلاً ، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية ، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلاً .

وخالف أبو حنيفة في هذا فقال : إذا بلغ الشخص عاقلاً غير رشيد كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، احتراماً لآدميته وحفاظاً على كرامته ، ولكن لا تسلم إليه أمواله على سبيل الاحتياط والتأديب ، لا على سبيل الحجر عليه ، لأنه لا يرى الحجر على السفيه (أي المبذر) ، وأما منع أمواله عنه فينتهي : إما بالرشد فعلاً ، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة[1] .

وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء ، وإنما الأمر متروك لاستعداد الشخص وتربيته وبيئته ، وليس في النصوص الشرعية تحديد له .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٦) والقانون المدني السوري (م ٤٦)

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٠٤، بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦ وما بعدها.

فقد حدد سن الرشد فيها بـ ١٨ سنة ميلادية كاملة ، وفي القانون المصري بـ ٢١ سنة . فما قبل هذه السن لا تسلم للشخص أمواله ، ولا تنفذ تصرفاته ، فإذا بلغ الإنسان هذه السن سلمت إليه أمواله إذا لم يكن محجوراً عليه .

ورفع سن الرشد إلى هذا الحد يتفق مع ظروف الحياة الحديثة ، التي تعقدت فيها المعاملات ، وتدهورت فيها الأخلاق ، وشاع الخداع والاحتيال ، ولا مانع في الشريعة من ذلك عملاً بما تقتضيه المصلحة في حماية الناشئة وصيانة أموالهم .

عوارض الأهلية

أهلية الأداء : هي أساس التعامل والتعاقد كما عرفنا ، إلا أن هذه الأهلية قد يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها ، والعوارض : هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها . وهي نوعان عند علماء أصول الفقه :

١ ـ عوارض سماوية : وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار واكتساب .

٢ ـ وعوارض مكتسبة : وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في تحصيلها .

والعوارض السماوية أكثر تغييراً وأشد تأثيراً ، مثل الجنون والعته والإغماء والنوم ، ومرض الموت .

والعوارض المكتسبة : مثل السكر والسفه والدين .

وسأقتصر هنا على إعطاء فكرة موجزة عن هذه العوارض ، ما عدا مرض الموت والدين فإنها يتطلبان مزيداً من البحث والإيضاح .

١ ـ الجنون : اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان[1] . وحكمه أنه

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤٦٠ .

سواء أكان مطبقاً (مستمراً) أم غير مطبق (متقطع) معدم للأهليـة حـال وجوده ، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز لاغية باطلة لا أثر لها .

ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال[1] . جاء في المـادة (٩٧٩ مجلة) : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز» .

٢ ـ العتـه : ضعف في العقل ينشـأ عنـه ضعف في الـوعي والإدراك ، يصير بـه المعتوه مختلـط الكلام ، فيشبـه مرة كلام العقلاء ، ومرة كلام المجـانين . ويتميز المعتوه عن المجنون بالهدوء في أوضاعه فلا يضرب ولا يشتم كالمجنون . فالمعتوه إذاً : هو من كان عليل الفهم مختلـط الكلام فـاسـد التـدبير. وحكمـه حكم الصبي المميز كما سبق ، أي أن لصاحبه أهلية أداء ناقصة[2] .

٣ ـ الإغماء : تعطل القوى المدركة المحركة حركـة إراديـة بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب . وهو يشبـه النوم في تعطيل العقل ، إلا أن النوم عـارض طبيعي ، والإغماء غير طبيعي ، فيكون حكمها واحداً في التصرفـات ، وهو إلغـاؤهـا وبطلانهـا لانعدام القصد عند المغمى عليه[3] .

٤ ـ النوم : فتـور طبيعي يعتري الإنسـان في فترات منتظمـة أو غير منتظمـة لا يزيل العقل ، بل يمنعه عن العمل ، ولا يزيل الحواس الظاهرة ، بل يمنعهـا أيضـاً عن العمل . وعبارات النائم كالمغمى عليه لا اعتبار لها إطلاقاً[4] .

---

(١) مرآة الأصـول: ٢/ ٤٣٩ ، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٣ ، كشف الأسرار: ص ١٠٨٣ ، التلـويـح على التوضيح: ٢/١٦٧ .

(٢) المراجع السابقة: المرآة ٢/٤٤١ ، التقرير والتحبير: ٢/١٧٦ ، كشف الأسرار: ٢/١٣٩٤ الدر المختار ورد المحتـار: ٥/١٠٠ ، التلويح: ٢/١٦٨ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المراجع السابقة .

٥ ـ **السُّكْر** : حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة . وهو نوعان : سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج ، أو حالة الاضطرار أو الإكراه . وسكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر حتى البيرة . والسكر بنوعيه لا يذهب العقل ، بل يعطله فترة من الزمن ، ويزيل الإرادة والقصد .

وحكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[١] : أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليها التزام ، فتبطل عقوده وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة ، سواء أكان بطريق مباح أو محظور ، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه وهبته ولا سائر أقواله[٢] . إلا أن المالكية قالوا في الطلاق : لو سكر سكراً حراماً صح طلاقه ، إلا أن لا يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون .

وقال جمهور الفقهاء (غير المذكورين)[٣] : يفرق بين السكر بمباح فليس لعبارته أي اعتبار ، وبين السكر بمحرم فتقبل عبارته زجراً له وعقاباً على تسببه في تعطيل عقله ، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة ، عقاباً وزجراً له ولأمثاله ، سواء في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة ، والرهن والكفالة ونحوها .

٦ ـ **السفه** : خفة تعتري الإنسان ، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، والمراد به هنا ما يقابل الرشد : وهو تبذير المال

---

(١) الشرح الكبير: ٥/٣، ٢٦٥/٢ ، أعلام الموقعين: ٤٨/٤ ، ط السعادة، زاد المعاد: ٤٠/٤ وما بعدها، غاية المنتهى: ١١٣/٣ .

(٢) وهذا رأي الإمام أحمد في رواية عنه اختارها جماعة من الحنابلة، والطحاوي والكرخي وأبي يوسف وزفر من الحنفية، والمزني وابن سريج وغيرهما من الشافعية. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سورية ومصر.

(٣) كشف الأسرار: ص ١٤٧١ ، التلويح: ١٧٥/٢ ، التقرير والتحبير: ١٩٣/٢ ، مرآة الأصول: ٤٥٤/٢ .

وإنفاقه في غير حكمة ، ولو في أمور الخير عند الحنفية[1] (م ٩٤٦ مجلة) كبناء المساجد والمدارس والملاجئ .

والسفه لا يؤثر في الأهلية ، فيظل السفيه كامل الأهلية ، لكنه يمنع من بعض التصرفات .

الحجر على السفيه[2] : قد يبلغ الشخص سفيهاً ، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشداً .

أ ـ من بلغ سفيهاً : اتفق الفقهاء على أنّ الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله ، ويظل تحت ولاية وليه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها ﴾ . ويستمر هذا المنع أبداً عند جمهور الفقهاء والصاحبين ، حتى يتحقق رشده لقوله تعالى : ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ .

جاء في المادة (٩٨٢ مجلة) : « إذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ، ما لم يتحقق رشده ، ويمنع من التصرف كما في السابق » .

وقال أبو حنيفة : تنتهي فترة منع ماله عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة ؛ لأن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد ، فإن لم يرشد لا ينتظر منه رشد بعدئذ . وأما تصرفاته في فترة منع ماله عنه فلا ينفذ منها إلا ما كان نافعاً نفعاً محضاً له أو الوصية في حدود الثلث ، أو كانت لا تقبل الفسخ : وهي الزواج والطلاق والرجعة واليمين . ويمنع من باقي التصرفات .

ب ـ من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً : لا يجيز أبو حنيفة الحجر عليه ، لأنه حر في تصرفاته ، والحجر ينافي الحرية ، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته .

---

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ تبيين الحقائق : ١٩٢/٥ . إلا أن الشافعي لم يجعل الإسراف في وجوه البر سفهاً (مغني المحتاج : ١٦٨/٢) .

(٢) الحجر : هو منع نفاذ التصرفات القولية .

وقال جمهور الفقهاء، والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) وبرأيهما يفتى في المذهب الحنفي: يجوز الحجر على السفيه، رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله، حتى لا يكون عالة على غيره. ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات[1]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ وقوله سبحانه: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً، أو لا يستطيع أن يمل هو، فليملل وليه بالعدل﴾ مما يدل على ثبوت الولاية على السفيه[2]. إلا أن الحجر على السفيه في هذه الحالة يكون بحكم قضائي، بالتثبت من السفه أو التبذير، ومنعاً من إلحاق الضرر بمن يتعامل مع السفيه من غير بينة وتحقق من حاله. وهذا رأي أبي يوسف والشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى.

والحجر في هذه الحالة محصور في التصرفات التي تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة والرهن. أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالزواج والطلاق والرجعة والخلع، فلا يحجر عليه بالإجماع.

الغفلة والسفه:

الغفلة ملحقة بالسفه من ناحية جواز الحجر عند جمهور الفقهاء وعدمه عند أبي حنيفة[3]. وذو الغفلة: هو من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة، كما يهتدي غيره، وإنما يخدع بسهولة بسبب البساطة وسلامة القلب، مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات. وحكم المغفل والسفيه سواء. أما الفرق بينهما فهو أن السفيه كامل

---

(١) وعليه نصت المادة (٩٩٠ مجلة): «السفيه المحجور عليه هو في المعاملات كالصغير المميز...».

(٢) كشف الأسرار: ص ١٤٨٩، التلويح على التوضيح: ٢/١٩١، التقرير والتحبير: ٢/٢٠١، مرآة الأصول: ٢/٤٥٩، الدر المختار: ٥/١٠٢ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/٢٧٦، ٢٧٩، مغني المحتاج: ٢/١٧٠، المغني: ٤/٤٦٩، الشرح الصغير: ٣/٣٨٢ وما بعدها.

(٣) تبيين الحقائق: ٥/ ١٩٨.

الإدراك ، ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره . وأما ذو الغفلة : فهو ضعيف الإدراك ، ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر .

٧ ـ الدين أو المديونية :

الخلاف الذي ذكرناه في السفه والغفلة من ناحية الحجر وعدمه يجري في الدين . فأبو حنيفة لا يجيز الحجر على المدين ، وإن استغرق دينه ماله ، لأنه كامل الأهلية بالعقل ، فلا حجر عليه ، حفاظاً على حريته في التصرف وإنسانيته . وإنما يؤمر بسداد ديونه ، فإن أبى يحبس ليبيع ماله بنفسه ويؤدي ما عليه من الديون .

وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة : (مالك والشافعي وأحمد)[١] : يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل ، وكانت ديونه مستغرقة لماله (أي محيطة بها) وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه[٢] . وهذا هو المفلس ، والمفلس لغة : من لا مال له ، وشرعاً ، من دينه أكثر من ماله . وأجاز المالكية الحجر على المدين المفلس دون حاجة لحكم قضائي ، أي على الغريم نفسه ،ولو كان الدين المحيط بالمال مؤجلاً .

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته ، ويصبح كالصغير المميز ، ومتى وقع الحجر عليه صارت تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه موقوفة على إجازتهم ، سواء أكانت تلك التصرفات تبرعات محضة كالهبة أو الوقف ، أم معاوضات مشتملة على المحاباة في

---

(١) تبيين الحقائق : ٥/ ١٩٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ١٠٢ ، ١٠٥ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣ / ٣٤٦ ، مغني المحتاج : ٢/ ١٤٦ ، غاية المنتهى : ٢/ ١٢٩ ، القواعد لابن رجب : ص ١٤ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٨٠ . هذا مع العلم بأن أصل المذهب الحنفي عدم جواز الحجر بسبب الدين . لكن المفتى به عند الحنفية هو قول الصاحبين وهو جواز الحجر.

(٢) نصت المادة (٩٩٨ مجلة) على ما يأتي «لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدراً ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله . وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه . .» ونصت المادة (٩٩٩) على جواز حجر الحاكم المدين المفلس الذي دينه مساوٍ لماله أو أزيد . . .

الثمن ، كالبيع بأقل من القيمة ، أو الشراء بأكثر من القيمة ، فإن أجـازوا التصرف نفـذ ، وإن رفضوه بطل .

وهذا يعني عند الحنفية : أنـه إذا صح الحجر على المـدين ، صـار المحجور كمريض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف أدى إلى إبطال حق الدائنين الغرمـاء ، فـالحجر (أي المنع من التصرف) يؤثر فيه كالهبة والصدقة .

وأما البيع : فإن كان بمثل القيمة جاز ، وإن كان بغبن فلا يجوز ، ويتخير المشتري بين إزالة الغبن ، وبين الفسخ ، كبيع المريض .

ويجوز لـه الزواج بمهر المثل والطـلاق والخلـع ونحـو ذلـك ، كما يجـوز لـه قبـول الهبات والتبرعات .

٨ـ مرض الموت :

البحث فيـه يتنـاول تعريفـه ومـا يلحق بـه ، والحقوق المتعلقـة بـه ، وحقـوق المريض نفسـه ، وحقوق الـدائنين والموصى لهم والورثـة ، وتصرفـات المريض نفسـه ، وإقراره[١] .

أـ تعريفه : هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمـالهما المعتـادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه ، إذا لم يكن في حـالـة تزايـد أو تغير، فـإن كان يتزايـد اعتبر مرض موت من تـاريـخ اشتـداده أو تغيره ، ولـو دام أكثر من سنـة (م ١٥٩٥ مجلة)

ويقال لصاحبه : المريض ؛ ويقابلـه : الصحيح . وهـذا هو مراد فقهـاء الحنفيـة

---

(١) راجـع التلـويـح على التـوضيـح : ٢/ ١٧٧ ، كشف الأسرار: ص ١٤٢٧ ، التقرير والتحبير: ٢/ ١٨٦ ، مرآة الأصول : ٢/ ٤٤٧ ، البدائع : ٧/ ٢٢٤ وما بعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٨١ وما بعدها .

عند إطلاق كلمة « المريض » أي من هو في مرض الموت . أو كلمة « الصحيح » أي من ليس في حال مرض الموت ، ولو كان مريضاً بمرض آخر .

ولابد لتوافر معنى مرض الموت من أمرين : أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة وأن يتصل به الموت فعلاً ، ولو من حادث آخر كالقتل والحرق والغرق وغيرها .

وبناء عليه ألحق الفقهاء به حالات مثل[1] :

ركاب سفينة جاءتها ريح عاصف ، وظنوا أن الموت نازل بهم ، الأسرى لدى دولة اعتادت قتلهم .

المجاهد الذي خرج للقاء العدو بائعاً نفسه في سبيل الله والوطن .

ب ـ حكمه والحقوق المتعلقة به : مرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه ، سواء حقوق الله وحقوق العباد وأهلية العبادة ، لأنه لا تأثير له على الذمة والعقل والنطق .

ولا ينافي أيضاً أهلية الأداء ؛ لأنه لا يخل بالعقل ، فتجب للمصاب به حقوق غيره ، كما تجب على الصحيح . وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والإجارة والزواج والطلاق وسائر التصرفات .

إلا أنه يحجر عليه ويمنع من بعض التصرفات كالمديون حماية لحقوق الدائنين التي تصبح متعلقة بماله بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط ، وحماية لحقوق الورثة أيضاً التي تصبح متعلقة بأعيان وموجودات التركة نفسها في رأي أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه .

ج ـ حقوق المريض الخاصة : تصرفات المريض الضرورية الخاصة بشخصه

---

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٤٠.

وأسرته نافذة ، لا تتوقف على إجازة أحد ، وهي ما يلي :

أولاً ـ النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له ولمن تلزمه نفقته ، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثمن الدواء وأجور عملية جراحية ونحوها .

ثانياً ـ الزواج : للمريض إبرام عقد زواج ، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه ، بشرط ألا يزيد المهر الذي يحدده على مهر المثل ، فإن زاد عليه كانت الزيادة تبرعاً وصية موقوفة على إجازة الورثة إن زادت على ثلث التركة ، فإن كانت في حدود هذا الثلث نفذت بدون إجازتهم .

ثالثاً ـ الطلاق : الطلاق نافذ أثناء مرض الموت باتفاق الفقهاء ، لكنه إذا كان بائناً بغير رضا المرأة ومات الرجل في أثناء العدة ، استحقت الميراث منه ، لأنه بطلاقها يعتبر فاراً (هارباً) من ميراثها ، فيعامل بنقيض مقصوده . وهذا رأي الحنفية ، وعليه العمل في المحاكم الحالية[1] . والخلع جائز أيضاً كالطلاق لكن الرجل لا يستحق من بدل الخلع الذي تدفعه المرأة له إذا ماتت في العدة إلا الأقل من ثلاثة (بدل الخلع ، وثلث تركة الزوجة ، ونصيب الزوج من ميراثه منها) . وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من اثنين (بدل الخلع ، وثلث التركة) .

رابعاً ـ العقود الواردة على المنافع ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة ونحوها . للمريض مباشرة هذه العقود ولو كان العقد بأقل من عوض المثل ، دون أن يحق لأحد من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليه ؛ لأن المنافع ليست أموالاً في مذهب الحنفية ، فلا يتعلق بها حق لأحد الورثة أو الدائنين ، ولأن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد العاقدين ، فلا يكون

---

(١) هناك آراء أخرى: يرى الحنابلة أنها تستحق الميراث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج قبل موته . ويرى المالكية : أنها تستحق الميراث ولو تزوجت غيره قبل الموت . وقال الشافعية : لا تستحق الميراث أصلاً ، ولو مات زوجها وهي في العدة .

هناك حاجة لاعتراض الدائنين أو الورثة . وأما غير الحنفية الذين يعدون المنافع أموالاً ، فإن التصرف فيها خاضع لإجازة أصحاب الحق .

خامساً ـ العقود المتعلقة بالربح ولا تمس رأس المال كالشركة والمضاربة تصحان من المريض ، ولو بغبن ؛ لأن الربح كالمنافع لا حق لأحد فيه ، ولأن الشركة تبطل بموت المريض ، فلا ضرر فيها على أحد ؛ لأن حقوق الورثة أو الدائنين تتعلق بأعيان التركة أو بماليتها .

والخلاصة : **أن كل تصرف يضطر إليه المريض ، أو لا يمس حقوق الدائنين أو الورثة هو نافذ لا يتوقف على إجازة أحد .**

د ـ حقوق الدائنين : تأتي بعد حقوق المريض الخاصة . فإذا كان **المريض** مديناً منع من التصرف الضار بمصلحة الدائنين . وعليه إذا كان المريض **مديناً بدين** مستغرق (محيط بكل ماله) منع من التبرعات أو ما في حكمها ، كالهبة والوقف والوصية بشيء من أمواله ، والبيع أو الشراء بالمحاباة . ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض .

وإن كان المريض مديناً بدين غير مستغرق ، اعتبر تصرفه مع غير الوارث نافذاً إذا لم يشتمل على غبن فاحش . أما إذا حدث التصرف مع وارث ، فله حكم الوصية : ينفذ من الثلث بعد وفاء الديون . ويتوقف على إجازة الورثة فيما يزيد عن الثلث .

هـ ـ حقوق الموصى له : للمريض أن يوصي بقدر ثلث التركة ، فإذا مات مديناً بدين مستغرق للتركة بطلت الوصية ، إلا إذا أجازها الدائنون . وإذا لم يكن مديناً أو مديناً بدين غير مستغرق نفذت الوصية لأجنبي في حدود ثلث التركة . وإن كانت الوصية لوارث صارت موقوفة على إجازة الورثة ، مهما كان الموصى به ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » .

و ـ حقوق الورثـة : تتعلـق حقـوق الـورثـة بثلثي تركـة المريض بعـد وفـاء الديون وتنفيذ الوصايا . فإن لم يكن هناك ديون ولا وصايا استحقوا التركـة كلهـا . وإذاً تـأتي حقوقهم بعـد حقوق الـدائنين والمـوصى لهم . وبنـاء عليـه : كل تصرف من المريض لا يضر بحقوق الورثة يكون صحيحاً نـافـذاً لا اعتراض لأحـد عليـه . وإن كان التصرف ضاراً بحقوقهم ، كان لهم مع نفاذه حال الحياة حق إبطالـه بعـد الموت إن كان مما يقبل الفسخ كالتبرعات .

لكن ما هو نوع حق الورثة بالتركة : هل هو حق شخصي أم حق عيني[1] ؟

قال أبو حنيفة : يتعلق حق الورثة بمالية التركـة إن تصرف المريض لأجنبي غير وارث ، ويتعلق حقهم بأعيان التركة وذاتها نفسهـا إن تصرف المريض لوارث ، أي أن حقهم في الحالة الثانية حق عيني ، وفي الأولى حق شخصي . وبناء عليه : يصح تصرف المريض لغير الوارث ببعض أموال التركة بمثل القيمة ، دون اعتراض من أحد الورثـة . ولا يصح تصرف المريض لوارث ببعض أموال التركـة ولو بقيمتـه بلا أي غبن . ويحـق لباقي الورثة نقض هذا التصرف لما فيه من ضرر بمصلحتهم ؛ لأن حقهم تعلق بـأعيـان التركة ، وإيثار بعض الورثة على بعض لا يجوز. أما في حـال تصرف المريض مع غير الورثة فإن حقهم تعلق بقيمة التركة أو ماليتها .

وقـال الصـاحبـان (أبو يوسف ومحمـد) : يتعلق حـق الـورثـة كحـق الـدائنين العاديين بمالية التركة ، أي بقيمتها ، لا بأعيـانهـا ، سواء أكان تصرف المريض مع وارث أم غير وارث . فيصـح تصرف المريض بمـال مطلقـاً (لـوارث أو لغير وارث) إذا كان

---

(١) الحق الشخصي : هو علاقة بين شخصين يكون أحـدهمـا مكلفاً تجـاه الآخر بعمل أو بـالامتنـاع عن عمل كحق الدائن في ذمـة المـدين ، أو حق المودع على الوديع في ألا يستعمل الوديعـة . والحق العيني : علاقـة مبـاشرة بين شخص وشيء معين بذاته مثل حق الملكيـة على الأموال وحق الارتفـاق المقرر على عقـار معين مثل حق المرور أو المسيل .

بثمن المثل أي بدون غبن ، إذ ليس فيه ضرر بباقي الورثة ؛ لأن حقوقهم في التركة متعلقة بناحية أنها مال فقط .

والخلاصة : أن هناك ـ على الرأي الراجح رأي أبي حنيفة ـ فرقاً بين حق الدائنين وحق الورثة : هو أن حق الدائنين يتعلق بمال المدين فقط ، لا بأعيان التركة نفسها . حتى جاز للمريض مبادلة مال بيعاً أو شراءً دون حاجة لإذن الدائن ، ويجوز للورثة إعطاء الدائن دينه نقداً ، ثم يتصرفون بأعيان التركة كما يشاؤون .

ز ـ تصرفات المريض : إذا كان التصرف الصادر من المريض لا يقبل الفسخ أو الإبطال كالزواج والطلاق والرجعة والعفو عن القصاص ، نفذ بعد الموت في حدود ثلث التركة . وإن كان التصرف قابلاً للفسخ ، كان موقوفاً على إجازة أصحاب الحق بعد الوفاة إذا كان ضاراً بمصلحتهم كالتبرع والهبة والوقف وبيع المحاباة ، وكالبيع المشتمل على غبن . فإن كان التصرف لا غبن فيه ، ومع أجنبي غير وارث ، نفذ ولم يتوقف على إجازة أحد .

ح ـ إقرار المريض : للمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث . فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة ، ولو أحاط الإقرار بجميع ماله (م ١٦٠١ مجلة) ، لكن تقدم عليه عند الحنفية ديون الصحة[١] .

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ ، وإلا بطل . لكن يصح الإقرار لوارث استثناء كما في حال الإقرار بقبض أمانته الموجودة عند وارث ، أو باستهلاك الأمانة أو الوديعة الموجودة عنده لوارث (م ١٥٩٨ مجلة) .

---

(١) ديون الصحة : هي الديون التي تثبت قبل مرض الموت ، ولو بالإقرار وحده حينئذ . وقال غير الحنفية : دين الصحة ودين المرض يتساويان ، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض ، لأنها حقان ثابتان .

ثانياً ـ الولاية :

معناها والفرق بينها وبين الأهلية ، صلتها بالعقد ، أنواعها ، الأولياء ودرجاتهم ، محتاجو الولاية ، مبدأ الولاية ، شروط الولاية ، تصرفات الولي (مدى صلاحياته) .

تعريف الولاية : الولاية في اللغة : هي تولي الأمر والقيام به أو عليه . وفي اصطلاح الشرع : هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها أي ترتيب الآثار الشرعية عليها . والولاية على القاصر : هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية .

صلتها بالعقد والفرق بينها وبين الأهلية : يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء ، وذا ولاية على العقد بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً على غيره . فإن لم يكن أصيلاً أو ولياً أو وصياً كان فضولياً .

وأهلية الأداء شرط انعقاد العقد ووجوده ، فإن لم تتوافر كان العقد باطلاً . أما الولاية فهي شرط لنفاذ العقد[1] وترتب الآثار الشرعية عليه . وهي لا تثبت إلا لكامل أهلية الأداء . أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره .

فأهلية الأداء : صلاحية الشخص لمباشرة العقود . والولاية : صلاحية الشخص لإنفاذ العقود .

وبناء عليه يكون للعقد بالنظر للأهلية والولاية أحوال ثلاثة[2] :

---

(١) النفاذ في الأصل : المضي والجواز، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجارة أو الإذن .

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٥١ .

١ - إذا كان العاقد كامل الأهلية وصاحب ولاية : اعتبر العقد صحيحاً نافذاً إلا إذا كان فيه ضرر بآخر فيصبح موقوفاً على الإجازة ، كالتصرف بالمأجور أو المرهون قبل انتهاء مدة الإجارة أو قبل أداء الدين ، وتصرف المدين الذي يضر الدائنين ، وتصرف المريض مرض الموت ، على ما سبق بيانه .

٢ - إذا صدر العقد من عديم الأهلية وفاقد الولاية ، كالمجنون والصبي غير المميز ، كان باطلاً . فإن كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز ، توقف عقده المتردد بين الضرر والنفع كالبيع على إجازة وليه أو وصيه ، على ما سبق بيانه .

٣ - إذا صدر العقد من صاحب أهلية أداء كاملة ، ولكنه فاقد الولاية ، وهو الفضولي ، كان موقوفاً على إجازة المعقود له ، على ما سنوضح في بحث لاحق ، أي أنني سأخصص مبحثاً مستقلاً لكل من الوكالة والفضالة باعتبارهما من أنواع النيابة عن الغير حال الحياة .

أنواع الولاية : الولاية إما أن تكون **أصيلة :** بأن يتولى الشخص عقداً أو تصرفاً لنفسه ، بأن يكون كامل أهلية الأداء (بالغاً عاقلاً راشداً) ، **أو نيابية :** بأن يتولى الشخص أمور غيره .

والولاية النيابية أو النيابة الشرعية عن الغير : إما أن تكون اختيارية أو إجبارية[1] :

فالاختيارية : هي الوكالة أي تفويض التصرف والحفظ إلى الغير على ما سنوضح .

والإجبارية : هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر ، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير ، وولاية القاضي على القاصر . فمصدر

---

(١) البدائع : ٥/١٥٢ .

ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع . ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد ، أو تعيين القاضي .

والولاية النيابية الإجبارية : إما أن تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

فالولاية على النفس : هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك . وليس هنا محل بحثها .

والولاية على المال : هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال . وهي محل بحثنا هنا .

الأولياء ودرجاتهم :

الولاية على النفس : تثبت للأقرب فالأقرب من العصبات[1] على الترتيب التالي :

١ ـ البنوة (الأبناء ثم أبناء الأبناء) فابن المجنون والمجنونة مثلاً يتولى شؤونها الشخصية .

٢ ـ الأبوة (الآباء ثم الأجداد) .

٣ ـ الأخوة (الإخوة ثم أبناء الإخوة) .

٤ ـ العمومة (الأعمام ثم أبناء الأعمام) .

وهذا هو ترتيب الإرث والولاية في الزواج ، وقد نصت على ذلك المادة ٢١ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

---

(١) العصبات : قرابة الشخص الذكور من جهة الأب ، كالأخ والعم وابن العم .

والولاية على المال : بالنسبة للصغير القاصر: تثبت عند الحنفية على الترتيب التالي : الأب ، ثم وصي الأب ، ثم الجد ، ثم وصي الجد ، ثم القاضي ، ثم وصي القاضي : وهو من يعينه القاضي .

والسبب في هذا الترتيب[1] : أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده . ويعقبه وصيه الذي اختاره ليقوم مقامه ، والظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شفقته على الصغير مثل شفقته عليه . والجد يأتي بعدئذ لأن شفقته دون شفقة الأب . ووصيه يليه ويقوم مقامه ، لأنه وثق به وارتضاه . والقاضي أمين على مصالح الأمة وبخاصة اليتامى فصلح أن يكون ولياً ، لقوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له » .

يتبين من ذلك أن الأب ، والجد أب الأب لهما ولاية تامة على النفس وعلى المال معاً . وقد نصت على ذلك المادة (١٧٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري : « للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله ، وهما ملتزمان بالقيام بها » .

كما نصت المادة (١/١٧٢) على من تثبت له الولاية على المال : « للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً » . ونصت المادة (١٧٦ / ١) **على الوصي المختار :** وهو من يختاره الأب أو الجد قبل موته : « يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر، أو الحمل ، وله أن يرجع عن ايصائه » . ونصت المادة (١٧٧) على **وصي القاضي :** وهو من يعينه القاضي : « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة وصياً » .

---

(١) البدائع : ١٥٢/٥ ، ١٥٥ .

من يحتاج إلى الولاية :

تثبت الولاية على الصغير القاصر والمجنون والمعتوه ، والمغفل ، والسفيه ، وقد اصطلح قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦٣) على تسميات لأنواع الولاية على هؤلاء كما يبدو من النص التالي :

« ١ ـ النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية ، أو وصاية أو قوامة ، أو وكالة قضائية .

٢ ـ الولاية للأقارب للأب أو غيره ، والوصاية على الأيتام ، والقوامة على المجانين والمعتوهين ، والمغفلين والسفهاء . والوكالة القضائية عن المفقودين » .

والحقيقة أن حالات النيابة الشرعية الأربعة هذه كلها داخلة تحت كلمة « **الولاية** » عند فقهائنا كما تبين لدينا .

أما الولاية على مال الصغير القاصر : فتكون لأحد الأولياء الستة الذين ذكرناهم سابقاً وهم (الأب ووصيه ، والجد ووصيه ، والقاضي ووصيه)[(١)] .

وأما الولاية على المجنون أو المعتوه : إذا بلغ على هذه الحالة ، فإنها تكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي ، باتفاق المذاهب الأربعة ، كما بينا .

فإن بلغ الشخص رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته ، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ ، على الرأي الراجح عند الحنفية ، والشافعية[(٢)] .

---

(١) الولاية في مذهبي المالكية والحنابلة تكون أولاً للأب ثم لوصيه ، ثم للحاكم ، ثم لمن يقيمه أميناً عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة (الشرح الكبير للدردير : ٢٩٢/٣ ، غاية المنتهى : ١٤٠/٢) وعند الشافعية : الولاية للأب أولاً ثم للجد أبي الأب ، ثم لوصيهما ثم القاضي أي العدل الأمين (نهاية المحتاج : ٣٥٥/٣) .

(٢) تبيين الحقائق : ١٩٥/٥ ومابعدها ، مغني المحتاج : ١٧١/٢ ، نهاية المحتاج : ٣٥٦/٣ .

وقال المالكية والحنابلة : تكون الولاية عليه حينئذ للقاضي ، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد ؛ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيداً ، والساقط لا يعود[1] .

وقانون الأحوال الشخصية السوري أخذ بالرأي الثاني في المادة (٢٠٠) وهي : « ١ ـ المجنون والمعتوه محجوران لذاتها ، ويقام على كل منها قيم بوثيقة » ومعنى المادة أن تصرفات المجنون والمعتوه تعد باطلة ، ولو قبل شهر قرار الحجر عليهما ، حماية لمصالحهما .

وأما القانون المدني السوري في المادة (١١٥) فلم يعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إلا بعد شهر قرار الحجر عليهما حماية لاستقرار المعاملات إلا في حالتين استثناهما نص المادة وهي :

١ ـ يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر .

٢ ـ أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

وأما الولاية على السفيه وذي الغفلة : فإنها تكون للقاضي باتفاق المذاهب الأربعة[2] ؛ لأن الحجر عليهما متوقف على قضاء القاضي ، حفاظاً على مالهما ومراعاة لمصلحتهما .

وعلى هذا تكون تصرفاتهما صحيحة نافذة قبل إيقاع الحجر عليهما . نصت المادة ٢٠٠ / ٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك فيما يأتي : « السفيه والمغفل

---

(١) غاية المنتهى : ١٤٢/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٩٢/٣

(٢) المراجع السابقة : مغني المحتاج : ١٧٠/٢ .

يحجران قضاء ، وتصرفاتها قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه ، أو بوثيقة على حدة » .

واشترط القانون المدني السوري لإبطال تصرف المغفل والسفيه شهر قرار الحجر إلا في حالتين نصت المادة (١١٦) منه على ما يأتي :

« ١ ـ إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد شهر قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

٢ ـ أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة **استغلال أو تواطؤ** » .

وأما **الوكالة القضائية** : فهي نوع من الولاية قررتها القوانين النافذة في أحوال ثلاث :

١ ـ **المفقود والغائب** : نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المواد (٢٠٢ ـ ٢٠٦) على أصولها والأحكام المتعلقة بها ، ومنها أن المفقود : هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ، ولكن لا يعرف له مكان (م ٢٠٢) ومنها أنه يعتبر كالمفقود : الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه ، أو بوكيل عنه ، مدة أكثر من سنة ، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره .

أما حكم زوجة المفقود فقد نصت المادة (١٠٩) من هذا القانون على أنه : « إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول ، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات ، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

والتفريق للغيبة بعد سنة في هذه المادة مأخوذ من القول المعتمد في مذهب المالكية .

وأما أموال المفقود : فقد نصت المـادة (٣٠٢) من هـذا القـانون على حكمهـا فيما يأتي :

١ ـ يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبـه فيهـا ، فـإن ظهر حيـاً أخـذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه .

٢ ـ إن ظهر حياً بعد الحكم بموته ، أخذ مـابقي من نصيبـه في أيـدي الورثـة ولا توزع تركـة المفقود قبل موتـه أو الحكم بـاعتبـاره ميتـاً عنـد بلوغـه الثمانين من العمر (م ٢٠٥) .

٢ ـ المصاب بعاهتين من ثلاث عاهات هي الصمم والبكم والعمى .

نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١١٨) : « ١ ـ إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعـذر عليـه بسبب ذلـك التعبير عن إرادتـه ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعـاونـه في التصرفـات التي تقتضي مصلحتـه فيها ذلك » .

٣ ـ المحكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال :

نص قـانون العقوبـات السوري في المـادة ٥٠ على عقـوبـة تبعيـة لهـذا الشخص بالإضافة إلى السجن ، وهي الحجر عليـه ، أو منعـه من التصرف بمـالـه ، وتعيين وصي يشرف على أمواله ، ونص هذه المادة ما يأتي :

« ١ ـ كل محكوم عليه بالأشغال الشـاقـة أو بـالاعتقـال يكون في خلال تنفيـذ عقوبته في حالة الحجر ، وتنقل ممارسة حقوقه على أملاكـه ، مـا خلا الحقوق الملازمـة للشخص (أي كالطلاق) إلى وصي وفقاً لأحكام قـانون الأحوال الشخصيـة المتعلقـة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم ، وكل عمل وإدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلانـاً مطلقـاً مع الاحتفـاظ بحقوق الغير من ذوي النيـة الحسنـة ، ولا

يمكن أن يسلم إلى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ماخلا المبالغ التي يجيزها القانون وأنظمة السجون ».

مبدأ الولاية :

تبدأ الولاية على الأشخاص منذ ولادتهم ، وتستمر حتى سن الرشد ، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه قبل الولادة عند غالبية الفقهاء ، فلو اشترى له شخص شيئاً أو وهب له شيء ، فلا يتملكه ، حتى ولو ولد حياً ، وإنما تثبت له الحقوق الضرورية الأربعة التي ذكرناها .

لكن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٦) الذي أخذ بالمقرر في فقه الشيعة الزيدية ، وقانون الولاية على المال الصادر بمصر سنة ١٩٥٢ أجازا للأب أو للجد تعيين وصي للحمل المستكن . والوصي المقصود هنا في تقديري ليس مجرد أمين لحفظ المال حتى الولادة كما فهم كثير من الشراح ، وإنما الذي له صلاحيات الأوصياء عادة ، عملاً بإطلاق النص ، وبالمفهوم من التسوية في الحكم بين وصي الحمل ، ووصي القاصر في مادة واحدة ، وتحقيقاً للهدف المنشود من تعيين الوصي وهو رعاية مصلحة الجنين وتثمير ماله وتنميته فضلاً عن حفظه .

شروط الولي :

الولاية مسؤولية كبرى في إدارة أموال وأعمال الغير ، ويترتب عليها نفاذ التصرفات غالباً ، لذا يشترط في الولي الخاص كالأب أو الجد أو الولي العام كالقاضي وناظر الوقف ومدير المؤسسة الخيرية شروط إما في شخصه أو في تصرفاته[1] .

١ ـ كمال أهلية الأداء بالبلوغ والعقل ، فلا ولاية للمجنون ولا للصغير ، لأنه لا

---

(١) مختصر الطحاوي : ص١٦٠ ومابعدها ، البدائع : ١٥٣/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٩٥/٥ .

ولاية لها على أنفسها ، فلا تكون لها ولاية على غيرها ، إذ فاقد الشيء لا يعطيه .

٢ ـ اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم ؛ لأن اتحاد الدين باعث غالباً على الشفقة ورعاية المصلحة .

٣ ـ العدالة : أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات[١] ، فلا ولاية للفاسق ؛ لأن فسقه يجعله متهماً في رعاية مصالح غيره .

٤ ـ القدرة على التصرف مع الأمانة : لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه ، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة[٢] .

٥ ـ رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضرراً محضاً ، كالتبرع من مال القاصر بالهبة أو الصدقة ، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش ، أو الطلاق . فإن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والكفالة بالمال ،

---

(١) نصت المادة ١/١٧٨ على مايلي : « يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة ، وأن يكون من ملة القاصر » .

(٢) منع قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢/١٧٨ الوصي من الولاية في حالات ، ونصها هو :
لايجوز أن يكون وصياً :
أ ـ المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان ، أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة .
ب ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره .
ج ـ من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية .
د ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي ، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر .

والتصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء بغبن يسير أو بمثل القيمة ، فتكون صحيحة نافذة .

فإذا أخل الولي بأحد هذه الشروط ، جاز للقاضي تبديله بسبب نقص الأهلية أو الكفر أو الفسق . فإن صار الولي غير أمين ضم القاضي إليه مساعداً آخر يعينه .

تصرفات الولي ومدى صلاحياته :

يتبين من شروط الولي أنه ليس له مباشرة أي تصرف يلحق ضرراً محضاً بالمولى عليه كالتبرع من ماله ، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر ، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها ، والإنفاق الضروري عليه ، وشراء مالابد له منه ، وبيع المنقولات ، وعلى الأب الإنفاق على الصغير إن لم يكن له مال ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ .

فإن كان للصغير مال أنفق عليه من ماله . وجاز للأب المحتاج أن يأخذ نفقته الضرورية من مال الصغير ، لقوله تعالى : ﴿ ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ .

وأما بيع عقار القاصر : فالمفتى به في مذهب الحنفية : أنه يجوز للأب بيع عقار القاصر بمثل القيمة فأكثر ، ولا يجوز ذلك للوصي عند متأخري الحنفية إلا للضرورة كبيعه لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع[1] .

ثم قرر قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٢ / ٢) أنه لا يجوز للأب (أي ولا للوصي)[2] بيع عقار القاصر أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ ، كبيعه للنفقة أو لوفاء الدين .

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية : ٤٩٩/٨ ومابعدها ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص٤٠٨ .

(٢) وقد نصت المادة (١٨٢) من قانوننا السوري على ذلك ، فلم تجز للوصي التصرفات الناقلة للملكية في مال القاصر إلا بإذن المحكمة مباشرة .

هذا مجمل صلاحيات أو سلطات الولي في التصرفات، وتفصيل أحكام تصرفات كل ولي على حدة محله كتب الفقه[1].

الوكالة

الوكالة: نيابة شرعية عن الغير حال الحياة، وهي نوع من الولاية كما بينا، ونبحث فيها ما يأتي: تعريفها، ركنها، شروطها، أنواعها وتصرفات الوكيل، هل للوكيل توكيل غيره؟ تعدد الوكلاء، الفرق بين الرسول والوكيل، حكم العقد وحقوقه في حال التوكيل، انتهاء الوكالة.

تعريف الوكالة ومشروعيتها:

الوكالة في اللغة تطلق ويراد بها إما الحفظ، كما في قوله تعالى: ﴿ وقالوا: حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾ أي الحافظ. وإما التفويض، كما في قوله سبحانه: ﴿ وعلى الله فليتوكل المتوكلون ﴾ ﴿ إني توكلت على الله ربي وربكم ﴾ ويقال: وكل أمره إلى فلان: أي فوضه إليه واكتفى به.

وعند الفقهاء يراد بها المعنيان، وإن كان المعنى الأول تبعياً والثاني هو الأصل. وعبارة الحنفية[2] في تعريفها: هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي: تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل.

وعبارة المالكية والشافعية والحنابلة[3] في تعريفها: هي تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته. وضابط ما يقبل النيابة ـ هو ما يأتي:

---

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار: ٤٩٤/٥ ومابعدها، تكملة الفتح: ٤٩٨/٨ ومابعدها، مجمع الضمانات: ص٤٠٧ ومابعدها.

(٢) تبيين الحقائق: ٢٥٤/٤، البدائع: ١٩/٦، رد المحتار: ٤١٧/٤.

(٣) مغني المحتاج: ٢١٧/٢، الشرح الكبير للدردير، ٣٧٧/٣، غاية المنتهى ١٤٧/٢.

هو كل تصرف جاز للشخص مباشرته بنفسه ولو من حيث المبدأ جاز له التوكيل فيه .

والناس قديماً وحديثاً بحاجة يومية إلى الوكالة في كثير من أحوالهم وأمورهم ، إما أنفة أو عدم لياقة بمباشرة الشيء بالذات كتوكيل الأمير أو الوزير ، وإما عجزاً عن الأمر كتوكيل المحامين في الخصومات ، والخبراء بالبيع والشراء في التجارات .

لذا أقرتها الشرائع السماوية ، قال تعالى في القرآن الكريم حكاية عن أصحاب الكهف : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه ... ﴾ الآية . وفي السنة النبوية : وكل النبي ﷺ حكيم بن حزام (أو عروة البارقي) بشراء شاة أضحية[1] . ووكل عمرو بن أمية الضمري في زواج أم حبيبة بنت أبي سفيان وهي بالحبشة[2] . ووكل في القيام بأعمال الدولة كجباية الزكاة وإدارة الجيش وولاية الأقاليم .

الوكالة بأجر : تصح الوكالة بأجر ، وبغير أجر ، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم عمولة[3] . فإذا تمت الوكالة بأجر ، لزم العقد ، ويكون للوكيل حكم الأجير ، أي أنه يلزم الوكيل بتنفيذ العمل ، وليس له التخلي عنه بدون عذر يبيح له ذلك ، وإذا لم يذكر الأجر صراحة حكم العرف : فإن كانت مأجورة عادة كتوكيل المحامين وسماسرة البيع والشراء ، لزم أجر المثل ، ويدفعه أحد العاقدين بحسب العرف . وإن كانت غير مأجورة عرفاً ، كانت مجاناً ، أو تبرعاً ، عملاً بالأصل في الوكالات : وهو أن تكون بغير أجر على سبيل التعاون في الخير . وهذا النوع لا يلزم فيه المضي في العمل ، بل للوكيل التخلي عنه في أي وقت . وهذا

---

(١) توكيل حكيم رواه أبو داود والترمذي عن حكيم بن حزام نفسه ، وتوكيل البارقي رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عروة نفسه (نيل الأوطار : ٥/٢٧٠) .

(٢) رواه أبو داود في سننه (سنن أبي داود : ١/٤٦٨) .

(٣) التلخيص الحبير : ١/١٧٦ ، ٢٥١ ، ٢٧٥ .

مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة[1] . وقال الشافعية : الوكالة ولو بجعل جائزة أي غير لازمة من الجانبين[2] .

ركن الوكالة : ركن الوكالة : الإيجاب والقبول ، الإيجاب من الموكل كأن يقول : وكلتك بكذا ، أو افعل كذا ، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه . والقبول من الوكيل كأن يقول : قبلت ونحوه . ولا يشترط في القبول كونه لفظاً أو قولاً ، وإنما يصح أن يكون بالفعل . فإذا علم الوكيل بالتوكيل ، فباشر التصرف الموكل فيه ، اعتبر ذلك قبولاً ، ولا يشترط في الوكالة (كما عرفنا في بحث مجلس العقد) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وإنما يكفي العلم بالوكالة ومباشرة التصرف .

والوكالة بغير أجر عقد جائز غير لازم[3] أي يجوز لأحد العاقدين فسخه متى شاء .

والوكالة باعتبارها إطلاقاً في التصرف يصح أن تكون منجزة في الحال ، كأنت وكيلي من الآن في كذا ، كما يصح عند الحنفية والحنابلة[4] : أن تكون مضافة إلى وقت في المستقبل ، كأنت وكيلي في الدعوى الفلانية في الشهر القادم ، أو معلقة على شرط ، مثل : إن قدم فلان فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب ، لحاجة الناس إلى ذلك .

وقال الشافعية في الأصح : لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت ، مثل : إن قدم زيد أو رأس الشهر فقد وكلتك بكذا ، لما في التعليق من غرر (أي احتمال) ، لكن يصح عندهم جعل الوكالة منجزة في الحال ، واشتراط بدء التصرف

---

(١) تكملة فتح القدير : ١٢٣/٦ ، المغني : ٨٥/٥ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٩ ، الشرح الكبير : ٣٩٦/٣ ومابعدها .

(٢) نهاية المحتاج : ٣٨/٤ ومابعدها .

(٣) بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، المغني : ١١٣/٥ ، غاية المنتهى : ١٥٤/٢ ، مغني المحتاج : ٢٣١/٢ ومابعدها ، الدر المختار : ٤٣٣/٤ .

(٤) البدائع : ٢٠/٦ ، غاية المنتهى : ١٤٧/٢ ، المغني : ٨٥/٥ .

معلقاً على شرط ، مثل أنت وكيلي الآن في بيع هـذه الأرض ، ولكن لا تبعهـا إلا بعـد شهر ، أو إلا إذا تركت وظيفتي .

شروط الوكالة :

يشترط لصحة الوكالة شروط في الموكل وفي الوكيل وفي المحل الموكل فيه .

أمـا **الموكل** : فيشترط فيـه أن يكون مـالكاً للتصرف الـذي يوكل فيـه أي أهلاً لممارسته ؛ لأن من لم يملك التصرف لا يملك تمليكه لغيره . فلا يصح التوكيل أصلاً من فـاقـد الأهليـة كالمجنـون أو الصبي غير المميز ، ولا من نـاقص الأهليـة أي المميز في التصرفات الضارة بـه كالطلاق والهبـة . ويصح التوكيل من المميز في التصرف النـافع له كقبول الهبة ، كما يصح منه التوكيل بإجازة وليـه في التصرفـات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإيجار . ويصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو الغفلة فيما يباح له من التصرفات . ويصح للمرأة التوكيل في مباشرة عقد زواجهـا . وهـذا عنـد الحنفية[1] .

وقال غير الحنفية (المالكيـة والشـافعيـة والحنـابلـة)[2] : لا يصح التوكيل من الصبي مطلقـاً ؛ إذ لا يصح عنـدهم مبـاشرتـه لأي تصرف . كما لا يصح للمرأة توكيـل امرأة أخرى في إبرام عقد زواجها . ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك .

وأمـا **الوكيل** : فيشترط فيـه أن يكون عـاقلاً ، فيصح أن يكون المميز وكيلاً ، سواء أكان مأذونـاً في التجـارة أم محجوراً . ولا يصح جعل المجنون والمعتوه وغير المميز وكيلاً في التصرفات لعدم اعتبار عبارتهم . هذا عند الحنفية[3] .

---

(١) البدائع : ٢٠/٦ ، تكلة فتح القدير : ١٢/٦ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٣٦/٣ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المهذب : ٣٤٩/١ .

(٣) المبسوط : ١٥٨/١٩ ، البدائع : ٢٠/٦ ، رد المحتار : ٤١٧/٤ .

وقال غير الحنفية[1] : وكالة الصبي غير صحيحة ، لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية ، فلا تصح مباشرة التصرف لنفسه ، فلا يصح توكيله عن غيره . ولا يصح أن تكون المرأة وكيلة عن غيرها في مباشرة عقد الزواج ؛ لأنها لا تملك مباشرة عقدها بنفسها فلا تملك مباشرة عقد غيرها .

وأما الموكل فيه (محل الوكالة) : فيشترط فيه ما يأتي[2] :

١ ـ أن يكون معلوماً للوكيل : فلا يصح التوكيل بالمجهول جهالة فاحشة ، مثل : اشتر لي أرضاً أو جوهراً أو داراً ، ويصح مع الجهالة اليسيرة مثل : اشتر لي صوفاً انكليزياً ، أو اشتر لي صوفاً بسعر كذا .

٢ ـ أن يكون التصرف مباحاً شرعاً : فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً ، كالغصب أو الاعتداء على الغير .

٣ ـ أن يكون مما يقبل النيابة ، كالبيع والشراء والإجارة والتبرع ، ورد الودائع وقضاء الديون ونحوها .

وذلك لأن التصرفات بالنظر لقبولها النيابة وعدم قبولها أنواع ثلاثة :

نوع يقبل النيابة اتفاقاً ، كما بينا .

ونوع لا يقبل النيابة اتفاقاً ، كاليمين ، والعبادات الشخصية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث .

ونوع مختلف فيه كاستيفاء القصاص والحدود الشرعية . فقال الحنفية[3] :

---

(١) بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ .

(٢) البدائع : ٢١/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، الشرح الكبير : ٣٧٧/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٩/٢ وما بعدها ، المغني : ٨٣/٥ .

(٣) المبسوط : ٩/١٩ ، ١٠٦ ، فتح القدير : ١٠٤/٦ ، البدائع : ٢١/٦ ، رد المحتار والدر المختار : ٤١٨/٤ .

لا يجوز التوكيل فيها ، بل لا بـد من حضور الموكل وقت الاستيفـاء (أي التنفيـذ) ، ولأن غيبته شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

وقال غير الحنفية[1] : يجوز التوكيل باستيفـاء الحـدود والقصـاص ، سواء أحضر الموكل أم غاب ؛ لأن الحاجة قد تدعو لذلك ، ولأن الوكيل كالأصيل .

أنواع الوكالة : للوكالة أنواع منها ما يأتي :

أ ـ الوكالة الخاصة والعامة : قد تكون الوكالة خاصة وقد تكون عامة[2] .

فالوكالة الخاصة : هي الإنابة في تصرف معين ، كبيع أرض أو سيارة معينـة ، وإجارة عقار محدد ، وتوكيل في دعوى معينـة . وحكمهـا : أن الوكيل مقيـد بمـا وكل فيه ، وإلا كان فضولياً .

والوكالة العامة : هي الإنابة العـامـة في كل تصرف أو شيء ، مثل أنت وكيلي في كل التصرفـات ، أو في كل شيء ، أو اشتر لي مـا شئت أو مــا رأيت ، وحكمهــا أن الوكيل يملك كل تصرف يملكه الموكل وتجوز النيابة فيه ، ما عـدا التصرفـات الضـارة بـالمـوكل كالتبرعـات من هبـة ووقف ونحـوهمـا ، والإسقـاطــات من طـلاق وإبراء ونحوهمـا . فلا يملـك الوكيل العـام هبـة شيء من أمـوال المـوكل ، ولا طـلاق زوجـة الموكل ، إلا بالنص على ذلك صراحة .

ب ـ الوكالة المقيدة والمطلقة : قد تكون الوكالة أيضاً مقيـدة أو مطلقـة[3] . فالوكالة المقيدة : هي التي يقيد فيها تصرف الوكيل بشروط معينـة ، مثل وكلتـك في بيع أرضي بثمن حال قدره كذا ، أو مؤجل إلى مدة كذا ، أو مقسطٍ على أقساط معينة .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٩٧ ، الشرح الكبير : ٣/٣٧٨ ، المغني : ٥/٨٤ ، مغني المحتاج : ٢/٢٢١ ، المهذب : ١/٣٤٩ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٤/٤١٦ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٧ .

(٣) البدائع : ٦/٢٧ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١١٠ وما بعدها ، المبسوط : ١٩/٣٩ ، الدر المختار : ٤/٤٢١ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٤٩ ، تكلة فتح القدير : ٦/٧٠ ومابعدها .

وحكمها : أن الوكيل يتقيد بما قيده به الموكل ، أي أنه يراعى القيد ما أمكن ، سواء بالنسبة للشخص المتعاقد معه أو لمحل العقد ، أو بدل المعقود عليه . فإذا خالف الوكيل لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا كان خلافاً إلى خير ، فيلزمه ، كأن يبيع الشيء الموكل ببيعه بأكثر من الثمن المحدد له ، أو بثمن حال بدلاً من الثمن المؤجل أو المقسط . وإذا لم يلزم الموكل بالتصرف بسبب المخالفة ، كان الوكيل فضولياً ، ولزمه التصرف إن كان وكيلاً بالشراء لأنه متهم بالشراء لنفسه . أما الوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل فيتوقف بيعه على إجازة الموكل ، ولا يلزم الوكيل بالعقد ، لتعذر تنفيذه عليه .

والوكالة المطلقة : هي التي لا يقيد فيها الوكيل بشيء مثل : وكلتك في بيع هذه الأرض ، من غير تحديد ثمن معين ، أو كيفية معينة لوفاء الثمن . وحكمها عند أبي حنيفة : أن المطلق يجري على إطلاقه ، فللوكيل التصرف بأي ثمن قليلاً أو كثيراً ، ولو بغبن فاحش ، معجلاً أو مؤجلاً ، صحيحاً أو مريضاً ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ، ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، كوجود تهمة ، ولا يعتمد على العرف ، لأن العرف في البلاد متعارض .

وقال الصاحبان ، وعلى رأيها الفتوى ، ورأيها هو الراجح وبه قال الشافعية والحنابلة والمالكية[1] : يتقيد الوكيل بما تعارفه الناس ، فإذا خالف المتعارف كان فضولياً في تصرفه ، وتوقف نفاذه على رضا الموكل . فليس للوكيل بالبيع مثلاً أن يبيع بغبن فاحش : وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة ، ولا أن يبيع بغير النقد الغالب في البلد ، ولا أن يبيع بثمن مؤجل أو مقسط إلا إذا جرى العرف في مثله ؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له .

وفي الزواج : ليس للوكيل أن يزوج الموكل بامرأة لا تكافئه ، أو بمهر فيه غبن

---

(١) الشرح الكبير: ٣٨٢/٣ ، المهذب : ٣٥٣/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٢٣/٢ـ ٢٢٦ ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، المغني : ١٢٤/٥ ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام : ١٠٧/٢ ، ط الاستقامة .

فاحش ، فإن فعل ذلك كان تصرفاً موقوفاً على إجازة الموكل ، فإن أجـازه نفـذ ، وإلا بطل .

حكم تصرفات الوكيل :

يترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الـذي تنـاولـه التوكيل ، وسـأذكر أهم التصرفات في أهم أنواع الوكالات .

١ ـ الوكيل بالخصومة : أي بالمرافعة أمام القضـاء كالمحـامي اليوم ، يملـك كل ما يتعلق بالدعوى وما لا بد منه فيها ، ومن ذلـك الإقرار على موكلـه عنـد الحنفيـة ما عدا زفر[١] ؛ لأن مهمة الوكيل بيان الحق وإثباته ، لا المنازعة فيـه فقـط ، وبيـان الحق قد يكون إنكاراً لدعوى الخصم ، وقد يكون إقراراً .

وقال زفر وأئمة المـذاهب الثلاثـة الأخرى[٢] : لا يقبل إقرار الوكيل بـالخصومـة على موكله بقبض الحق وغيره ، لأن التوكيل بالخصومـة معنـاه التوكيل بـالمنـازعـة ، والإقرار مسالمة ، لأنه يترتب عليه إنهاء الخصومة ، فلا يملكه الوكيل كالإبراء . كذلك يملك الوكيل بالخصومة قبض المال المحكوم به لموكله عند الحنفية مـا عـدا زفر[٣] ؛ لأن هذا من تمام الخصومة ، والخصومة لا تنتهي إلا بـالقبض ، والوكيل أمين على مصـالح موكله[٤] .

وقال زفر والشافعية والحنابلة[٥] : لا يملك القبض ، لأن الرجل الثقة بالتقـاضي والمخاصمة قد لا يكون أميناً في قبض الحقوق .

---

(١) البدائع : ٢٤/٦ ، تكلة الفتح : ١٠/٦ ، المبسوط : ٤/١٩ ، الدر المختـار : ٤٣٠/٤ ، الكتـاب مع شرحـه اللبـاب : ١٥١/٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، الشرح الكبير : ٣٧٩/٣ ، المهذب : ٣٥١/١ ، المغني : ٩١/٥ .

(٣) البدائع : ٢٤/٦ وما بعدها ، تكلة فتح القدير : ٩٦/٦ ، المبسوط : ١٩/١٩ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦١ .

(٤) قال المرغيناني صاحب الهداية : والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ، لظهور الخيـانـة في الوكلاء ، وقـد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال .

(٥) المهذب : ٣٥١/١ ، المغني : ٩١/٥ .

٢ ـ الوكيل بالبيع : إذا كان مقيد التصرف يتقيد بالقيد الذي حدده له الموكل بالاتفاق بين الفقهاء ، فإذا خالف القيد ، لا ينفذ تصرفه على الموكل ، ولكن يتوقف على إجازته ، إلا إذا كانت مخالفته إلى خير ؛ لأنه محقق لمقصود الموكل ضمناً . فإذا كان وكيلاً بالبيع بثمن ما ، فباع بأقل ، لا ينفذ ، لأنه خلاف إلى شر ، وإن باع بأكثر ، نفذ ، لأنه خلاف إلى خير ، وإذا وكل بالبيع نقداً فباع مؤجلاً لم ينفذ إلا بإجازة الموكل ، وإذا وكل بالبيع مؤجلاً فباع نقداً ، نفذ .

وإن كان الوكيل مطلق التصرف : فيعمل عند أبي حنيفة بمقتضى الإطلاق ، فله أن يبيع بأي ثمن كان ، قليلاً أو كثيراً ، حتى بالغبن الفاحش ، عاجلاً أو آجلاً ، كما أوضحنا سابقاً ، عملاً بإطلاق الحرية للوكيل بالتصرف .

وقال الصاحبان وبرأيهما يفتى ، وبقية الأئمة الثلاث : يتقيد الوكيل المطلق بالمتعارف ، فلا يبيع إلا بالنقود المتداولة ، وبمثل القيمة ، وبالمعجل ، فلا يبيع بالأعيان ، ولا بما لا يتغابن الناس فيه عادة ، أي الغبن اليسير ، ولا بالنسيئة المؤجلة[١] .

وفي حال المخالفة يكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل عند الحنفية ، باطلاً عند الشافعية .

وليس للوكيل بالبيع عند أبي حنيفة أن يبيع لنفسه ولا لزوجته وأبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له ؛ لأنه متهم في ذلك بمراعاة مصلحته أو إيثار العين المبيعة لأقاربه .

وقال الصاحبان : يجوز له أن يبيع لهؤلاء لا لنفسه بمثل القيمة أو أكثر ؛ لأن

---

(١) المراجع السابقة في بحث الوكالة المقيدة والمطلقة .

التوكيل مطلق ، والبيع لأحد من هؤلاء أو غيرهم سواء ، ولا تهمة هنا ؛ لأن ملكه وأملاكهم متباينة ، فالمنافع منقطعة فيما بينهم[1] .

وتوسط غير الحنفية بين الرأيين ، فأجاز المالكية للوكيل بالبيع أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحابها ، ولم يجيزوا له البيع لنفسه أو من في رعايته من صغير أو سفيه أو مجنون[2] .

وأجاز الشافعية في الأصح وفي رواية عن أحمد له البيع بمثل القيمة لأبيه وجده وابنه البالغ وسائر فروعه المستقلين عنه لعدم التهمة ، ولم يجيزوا له أن يبيع لنفسه وولده الصغير أو المجنون أو السفيه[3] .

٣ ـ الوكيل بالشراء : مثل الوكيل بالبيع من التقيد بما قيده به الموكل ، في الثمن وفي جنس المشترى ونوعه وصفته ، أو إطلاق الحرية في التصرف إذا كانت الوكالة مطلقة . فإذا خالف الوكيل أحد القيود لا يلزم الموكل بالشراء ، إلا إذا كان خلافاً إلى خير ، فيلزمه . ووقع الشراء للوكيل نفسه باتفاق الفقهاء[4] ، بعكس الوكيل بالبيع ؛ لأن المشتري قد يتهم بأنه كان يريد الشراء لنفسه ، فلما تبين أنه غبن غبنا فاحشا أظهر أنه يشتري باسم موكله .

كذلك لا يملك الوكيل بالشراء عند أبي حنيفة كالوكيل بالبيع أن يشتري من نفسه ، أو زوجته أو أبيه أو جده ، أو ولده وولد ولده ، وكل من لا تقبل شهادته له للتهمة في ذلك .

---

(١) البدائع : ٢٨/٦ ، تكملة فتح القدير: ٦٧/٦ وما بعدها ، رد المحتار: ٤٢٤/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦١ .

(٢) الشرح الكبير: ٣٨٧/٣ وما بعدها .

(٣) مغني المحتاج : ٢٢٤/٢ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٢٦/٤ وما بعدها ، المغني: ١٠٧/٥ وما بعدها .

(٤) البدائع : ٢٩/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص١١٠ وما بعدها ، المبسوط : ٣٩/١٩ ، تكملة فتح القدير: ٧٥/٦ ، الدر المختار: ٤٢١/٤ ، مغني المحتاج : ٢٢٩/٢ ، المهذب : ٣٥٤/١ ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، الشرح الكبير: ٣٨٢/٣ ، المغني : ١٢٤/٥ ، ١٠٧ .

وقال الصاحبان : يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة[1] .

٤ ـ الوكالة في الزواج والطلاق ، والإجارة والرهن ونحوها من إدارة الأموال : يتقيد الوكيل في ذلك بما يقيده به الموكل ، وليس له أن يتصرف بما فيه ضرر.

٥ ـ هل للوكيل توكيل غيره ؟

إذا كانت الوكالة خاصة أو مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه ، لم يجز له توكيل غيره فيما وكل فيه .

وإن كانت الوكالة مطلقة أو عامة بأن قال له : اصنع ما شئت ، جاز له توكيل الغير ، ويكون هذا الغير وكيلا مع الأول عن الموكل . هذا عند الحنفية[2] .

وقال المالكية[3] : ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه ، كأن يكون وجيها ، والموكل به حقير فله التوكيل حينئذ .

وقال الشافعية والحنابلة[4] : ليس للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه . أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه ، فله أن يوكل غيره ويكون الوكيل الثاني وكيلاً مع الأول عن الموكل .

٦ ـ تعدد الوكلاء :

قد يتعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات والخصومات ، أو المرافعة

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع : ٦/٢٥ ، تكملة فتح القدير : ٦/٨٩ وما بعدها .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٨٨ .

(٤) مغني المحتاج : ٢/٢٢٦ ، المغني : ٥/٨٨ .

أمام القضاء، كما يحدث عادة في كثير من الأحيان، فيكون هنـاك وكيلان أو أكثر في القضايا الخطيرة. ويعرف تفصيل حكم تصرفات الوكلاء مما يأتي[1].

فإن تعدد الوكلاء كلاً في عقد خاص وأعمـال خـاصـة، كان لكل منهم أن ينفرد في مبـاشرة مـا وكل فيـه دون استشـارة غيره. وإن كان العمل واحـداً، فلكل واحـد القيام به وحده أيضاً، فتنتهي حينئذ وكالة الآخرين.

وإن كان التوكيل للجميع في عقـد واحـد، فليس لأحـدهم - دون إذن المـوكل - الانفراد بالتصرف بما وكلوا فيه؛ لأن تعددهم كان بقصد تحقيق التعـاون والتشـاور فيما بينهم ضمانا لصـالح الموكل، ويستثنى من ذلـك مـا لا يحتـاج من التصرفـات لتبـادل الرأي كرد الودائع ووفاء الديون، أو ما لا يمكن فيه الاجتماع كالمرافعة أمـام القضـاء، بشرط إعداد مذكرات الدفاع بالاشتراك بين جميع الوكلاء.

الفرق بين الوكالة والرسالة:

يحسن بيان الفرق بين الوكيل والرسول تمهيداً لمعرفة من يلتزم بحقوق العقـد، إذ يختلف الوكيل عن الرسول[2].

فالوكيل: هو الذي يتصرف برأيه وعبارتـه وتقـديره، فيسـاوم ويعقـد العقود حسبما يرى من المصلحة، ويتحمل تبعـات تصرفـاتـه، ويستغني غـالبـا عن إضـافـة العقد إلى موكله، فيقول: بعت أو اشتريت كذا، لا: باع أو اشترى فلان، فإذا أسنـد العقد لموكله، صار مجرد سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فيصبح عندئذ كالرسول.

والرسول: هـو الـذي يقتصر على نقـل عبـارة مرسلـه، دون أن يتصرف برأيـه وإرادتـه، وإنمـا يبلغ عبـارة المرسل، وينقـل رغبتـه وإرادتـه في التصرف، فيقـول

---

(١) البدائع: ٦/٣٢، تكملة فتح القدير: ٦/٨٦-٨٨.

(٢) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا علي الخفيف: ص١١٧ وما بعدها.

للمرسل إليه : أرسلني فلان لأبلغك كذا ، فيضيف عبارته دائماً للمرسل ، ولا يتحمل شيئاً من التزامات التعاقد .

حكم العقد وحقوقه في الوكالة :

حكم العقد : هو الغرض والغاية منه . ويراد به هنا الأثر الذي يترتب على العقد شرعا . ففي عقد البيع : يكون الحكم : هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة : الحكم هو تملك المستأجر المنفعة ، واستحقاق الأجرة للمؤجر .

وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة **وكيل** : يقع مباشرة للموكل نفسه ، لا للوكيل ؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره ، فهو قد استمد ولايته منه[1] . ويترتب عليه أن المسلم لو وكل غير مسلم في شراء خمر أو خنزير ، لم يصح الشراء ؛ لأن المسلم ليس له أن يتملك شيئاً من هذين .

حقوق العقد : هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب أو بسبب خيار الشرط أو الرؤية ، وضمان رد الثمن ، إذ استحق[2] المبيع مثلا .

فإذا باشر المرء العقد بنفسه ولمصلحته عاد إليه حكم العقد وحقوقه . وأما إن توسط وكيل في إجراء العقد وإبرامه ، عاد حكم العقد إلى الموكل كما عرفنا ، وأما حقوق العقد فتارة ترجع إلى الموكل ، وتارة ترجع إلى الوكيل بحسب نوع التصرف الذي يتولاه الوكيل .

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/٢٥٦ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص١٣٧ ، المغني لابن قدامة : ٥/١٣٠ ، مغني المحتاج : ٢/٢٢٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٨ .

(٢) الاستحقاق : هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ، ويقضى له بها .

والتصرفات التي يمارسها الوكيل نوعان :

النوع الأول - ما يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل ، ولا يجوز له إضافته إلى نفسه ، فإن أضافه إلى نفسه وقع العقد له لا للموكل ، مثل الزواج والطلاق والخلع ، والعقود العينية أي التي لا تتم إلا بالقبض وهي خمسة (الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) . يلزم الوكيل أن يقول حين إبرام العقد : قبلت زواج فلانة لفلان ، وطلقت امرأة فلان ، ووهبتك من مال فلان ، ولا يصح أن يقول : تزوجت أو طلقت على كذا أو وهبت ، فينصرف أثر التصرف إليه ، أي أن الزواج يكون للوكيل حينئذ لا للموكل ، ويقع الطلاق عنه ، لا عن الموكل ، ويلزم بالهبة من ماله لا من مال الموكل .

وحكم هذا النوع أن حقوق التصرف ترجع إلى الموكل ، ولا يطالب الوكيل منها بشيء أصلاً ؛ لأن الوكيل في هذه التصرفات يكون سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل . فإذا كان الشخص وكيلاً عن الزوج لا يطالب بالمهر ، وإنما يطالب الزوج ، وإذا كان وكيلاً عن المرأة لا يطالب بإزفافها إلى بيت زوجها ، وإنما تطالب المرأة أو وليها . ولو كان وكيلاً عن الواهب لا يلزم الوكيل بتسليم العين الموهوبة ، وإنما يطالب الموكل نفسه ، ولا يلزم الوكيل بتسليم الموهوب إذا كان وكيلاً عن الموهوب له .

النوع الثاني : ما لا يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل ، وإنما يصح إضافته له أو لنفسه كالمعاوضات المالية ، مثل البيع والشراء والإجارة والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح بعوض عن إقرار) فيصح أن يقول الوكيل : بعت أو اشتريت ، كما يصح أن يقول : بعت مال فلان ، واشتريت لفلان .

وحكم هذا النوع : أن الوكيل إذا أضاف التصرف للموكل ، مثل : اشتريت لفلان ، رجعت الحقوق للموكل ، ولزمته هو ، ولا يطالب الوكيل بشيء ، لأنه في هذه الحالة مجرد سفير ومعبر عن الأصيل .

وإن أضاف الوكيل التصرف لنفسه رجعت إليه الحقوق دون الموكل ؛ لأنه هو الذي باشر العقد ولا يعرف الطرف الآخر سواه . فإذا كان وكيلاً عن البائع لزمه تسليم المبيع للمشتري ، وقبض الثمن . وإذا كان وكيلاً عن المشتري واطلع على عيب في المبيع ، أو ظهر أن المبيع مستحق لغير البائع ، كان هو المكلف بمقاضاة البائع وخصومته ، ويلزمه ضمان الثمن للمشتري حال استحقاق المبيع ، كما يلزمه دفع الثمن للبائع إذا كان المبيع سليماً من العيوب .

ويستثنى من ذلك ما إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي ليس أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق) إما لنقص أهليته كالصبي المحجور عن التصرف ، أو لانشغاله كالقاضي وأمين القاضي ، فترجع الحقوق حينئذ للموكل نفسه ، لا إلى الوكيل .

هذا مذهب الحنفية[1] . ويوافقهم المالكية والشافعية[2] في ذلك أي في أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل .

وقال الحنابلة[3] : إن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل ؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبر عن العاقد الأصيل . لكن في هذا الرأي إضاعة للغرض من الوكالة ؛ لأن الموكل يوكل غيره في أموره ليخفف عن نفسه عناء مباشرته لها ، أو لأنه لا يليق به أن يباشرها ، أو لعدم قدرته على القيام بها ، فإذا عادت الحقوق للموكل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوكالة[4] .

---

(١) البدائع : ٦/ ٣٣ وما بعدها ، تكملة فتح القدير ٦/ ١٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٦ ، رد المحتار : ٤١٩/٤ ، الكتاب مع اللباب : ٢/ ١٤١ .

(٢) المدونة الكبرى : ١٠/ ٨٣ ، ١٨٦ ، الشرح الصغير : ٣/ ٥٠٦ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٤/ ٤٧ ، مغني المحتاج : ٢٣٠/٢ .

(٣) كشاف القناع : ٢/ ٢٣٨ ، المغني : ٥/ ٩٧ ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى : ٣/ ٤٦٢ .

(٤) الأموال ونظرية العقد للمرحوم محمد يوسف موسى : ص ٣٧٦ .

انتهاء الوكالة :

تنتهي الوكالة بأحد الأمور التالية(1) :

١ ـ انتهاء الغرض من الوكالة : بأن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل ، إذ يصبح العقد غير ذي موضوع .

٢ ـ قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره : كأن يبرم البيع الذي وكل فيه غيره .

٣ ـ خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية : بموت ، أو جنون استمر شهراً ، أو حجر لسفه ؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات ، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة . والوكيل يستمد ولايته من الموكل .

ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخر عن الأهلية بهذه العوارض . وقال المالكية : الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به .

٤ ـ استقالة الوكيل : إذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال ، أو رفض الاستمرار في العمل ، انتهت الوكالة ؛ لأن الوكالة بغير أجر كما بينا عقد غير لازم ، يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت . لكن يشترط عند الحنفية في هذه الحالة أن يعلم الموكل بهذا التنازل ، حتى لا يتضرر بما فعل الوكيل ، ولم يشترط الشافعي علم الموكل بعزل الوكيل نفسه .

٥ ـ هلاك العين الموكل بالتصرف فيها ، بيعاً أو شراءً أو إيجاراً ؛ لأن العقد يصبح

---

(١) انظر عند الحنفية : البدائع : ٦/ ٣٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٦/ ١٢٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٤/ ٤٣٤ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٨٦ وما بعدها . وعند المالكية : بداية المجتهد : ٢/ ٢٩٨ ، الشرح الكبير : ٣/ ٣٩٦ ، وعند الشافعية : مغني المحتاج : ٢/ ٢٣٢ ، المهذب : ١/ ٣٥٧ ، وعند الحنابلة : المغني : ٥/ ١١٣ ، غاية المنتهى : ٢/ ١٥٤ وما بعدها .

غير ذي موضوع . فإذا انهدمت الدار الموكل في شرائها ، أو ماتت المرأة الموكل في تزوجها ، بطلت الوكالة ، لعدم تصور التصرف في المحل المعقود عليه بعد هلاكه .

٦ ـ عزل الموكل وكيله : لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم ، فللموكل إنهاء الوكالة في أي وقت شاء . لكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية شرطان :

أحدهما : علم الوكيل بالعزل ، حتى لا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفاً يوجب عليه الضمان ، بدفع الثمن مثلاً ، وتملك المبيع .

وهذا شرط أيضاً في الأرجح عند المالكية .

وقال الشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في الأرجح لديهم : لا يشترط علم الوكيل بالعزل ؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق .

ثانيهما : ألا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل : فإن تعلق بها حق لغيره لم يصح العزل إلا برضا صاحب الحق ، كأن يوكل المدين الراهن شخصاً (هو الدائن أو غيره) ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل الأجل ، فلا يصح عزل الوكيل حينئذ بغير رضا الدائن صاحب الحق ، لتعلق حقه بالموضوع .

وإذا وكل الزوج شخصاً بطلاق زوجته متى شاء ، فلا يملك الزوج الموكل الرجوع عن الوكالة إلا برضا المرأة .

ولو أراد المدين السفر إلى بلد ، فطلب منه دائنه أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه في طلب الدين وقت الحاجة ، فوكل وكيلاً إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا برضا الدائن .

الفضالة

قد ينعقد العقد بالفضالة التي تتخذ بالإجازة حكم الوكالة . فمن هو الفضولي ،

وما حكم تصرفاته عند الفقهاء ، وما أثر إجازة تصرفاته ، وما هي شروط صحة الإجازة ، وهل يملك فسخ العقد الصادر منه قبل الإجازة ؟

تعريف الفضولي : الفضولي في اللغة : هو من يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له . وعمله هذا يسمى فضالة . وعند الفقهاء له معنى قريب من هذا . وهو من يتصرف في شؤون غيره ، دون أن يكون له ولاية على التصرف . أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يزوج من لم يأذن له في الزواج ، او يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض ، أو يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل . فهذا التصرف يسمى فضالة .

حكم تصرفاته عند الفقهاء : للفقهاء رأيان في تصرف الفضولي :

أولهما ـ للحنفية والمالكية[1] : تصرفات الفضولي تقع منعقدة صحيحة ، لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن : وهو من صدر التصرف لأجله ، إن أجازه نفذ ، وإن رده بطل[2] . واستدلوا على رأيهم بما يأتي :

أولاً ـ بعموم الآيات القرآنية الدالة على مشروعية البيع ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ والفضولي كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله . وربما كان في العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه أي ضرر بأحد ؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد ، وإن لم يجد فيه فائدة .

---

(١) البدائع : ٥/ ١٤٨ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٥/ ٣٠٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤/ ٦ ، ١٤٢ ، بداية المجتهد : ٢/ ١٧١ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣/ ١٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ .

(٢) فرق الحنفية بين بيع الفضولي وشراء الفضولي . أما بيع الفضولي فينعقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة ، سواء أضاف الفضولي العقد لنفسه أم إلى المالك ، وأما شراء الفضولي ففيه تفصيل :
إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه نفذ العقد عليه ، لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره ، وإذا وجد العقد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف . وإن أضاف الفضولي الشراء لغيره ، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية ، كأن يكون العاقد صبياً أو محجوراً ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير الذي تم الشراء له ، فإن أجازه نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد من حين نشوء العقد (البدائع : ٥/ ١٤٨ ـ ١٥٠ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٣ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ١٤٣) .

ثانياً ـ بما ثبت ـ في الحديث المتقدم في الوكالة ـ أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ـ أحد أصحابه ـ ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء للنبي ﷺ بدينار وشاة، فقال له «بارك الله لك في صفقة يمينك» فشراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذن النبي عليه السلام، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول له.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية هي من شروط نفاذ التصرف، فإذا لم يكن العاقد مالكاً ولا ولاية له كان العقد موقوفا.

الرأي الثاني ـ للشافعية والحنابلة والظاهرية[1]: تصرف الفضولي باطل، لا يصح ولو أجازه صاحب الشأن؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجوداً. واستدلوا بما يأتي:

أولاً ـ بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منهي عنه شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم، وذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لاتبع ما ليس عندك»[2] أي ماليس مملوكا لك، وسبب النهي اشتمال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع.

وقالوا عن حديث عروة البارقي: إنه كان وكيلا مطلقا عن النبي ﷺ، وتصرفاته التي قام بها تنفذ، لأنها تمت بمقتضى وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير، فينفذ تصرفه.

---

(١) المجموع للنووي: ٢٨١/٩، ٢٨٤ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٥/٢، كشاف القناع: ١١/٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٤١٧، غاية المنتهى: ٨/٢، المحلى: ٥٠٣/٨، م١٤٦٠.

(٢) نص الحديث كما رواه أحمد: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه». وجاء في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيما رواه الخمسة: «لا يحل سلف ولا بيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يَضْمن، ولا بيع ما ليس عندك» (نيل الأوطار: ١٥٧/٥، سبل السلام: ١٦/٣).

ثانياً - إن أي تصرف لا يوجد شرعا إلا بتوافر الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك، والفضولي ليس مالكا لما يتصرف فيه ولا مأذوناً له من المالك بالتصرف، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً، ولا يترتب عليه أي أثر.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية من شروط انعقاد التصرف، فإذا لم يتوفر شرط الانعقاد كان التصرف باطلا.

وقد أخذ القانون المدني السوري في مواد عشرة (١٨٩ - ١٩٨) برأي الحنفية والمالكية، وطبق عليها قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ماقام به الفضولي (م ١٩١)، لكنه حصر الفضالة بقيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، كما يفهم من تعريفها (م ١٨٩): «الفضالة: هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

شروط إجازة تصرف الفضولي:

اشترط الحنفية القائلون بصحة تصرف الفضولي شروطاً ثلاثة أحدها في المجيز وثانيها في الإجازة وثالثها في نفس التصرف[1]:

١ - أن يكون للعقد مجيز[2] حالة إنشاء العقد: أي أن يكون صاحب الشأن مستطيعاً إصدار العقد بنفسه، فإن لم يكن كذلك وقع العقد باطلاً من مبدأ الأمر، وعلى هذا إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ عاقل، أو وهب ماله، أو باعه بغبن فاحش، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه التصرفات بنفسه، فيستطيع إجازتها بعد وقوعها، فكان للتصرف مجيز حالة إنشائه.

---

(١) البدائع: ١٤٩/٥ - ١٥١، فتح القدير: ٣١١/٥، الدر المختار ورد المحتار: ١٤١/٤ وما بعدها، ١٤٦.

(٢) المجيز: هو صاحب المصلحة والشأن في التصرف، والذي له حق تقرير وإمضاء التصرف أو رفضه.

أما لو فعل فضولي شيئاً من هذه التصرفات بالنسبة لصغير، فلا ينعقد التصرف أصلاً؛ لأن الصغير ليس أهلاً لهذه التصرفات الضارة، فلا يكون أهلاً لإجازتها، فلم يكن لها مجيز حين نشوء التصرف.

فإن كان التصرف قابلاً لإجازة ولي الصغير كالبيع بمثل القيمة أو أكثر، وكان للصغير ولي، انعقد موقوفاً على إجازته، أو على إجازة الصغير بعد البلوغ.

٢ ـ أن تكون الإجازة حين وجود العاقدين (الفضولي والطرف الآخر) والمعقود عليه وصاحب الشأن: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة، بطل التصرف، ولم تفد الإجازة شيئاً؛ لأن الإجازة تؤثر في التصرف، فلا بد من قيام التصرف، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه.

٣ ـ ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن: مثل بيع ملك الغير أو إجارته، سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال، ومثل شراء شيء لغيره أو استئجار شيء لغيره وأضاف العقد لذلك الغير. ففي كل هذه الحالات يكون العقد موقوفاً.

أما إذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته، فينفذ على الفضولي كشراء شيء أو استئجاره مضيفاً العقد لنفسه، فيلزمه هو.

أثر إجازة تصرف الفضولي:

يترتب على الإجازة من صاحب الشأن أثران: أحدهما ـ جعل التصرف نافذاً. ثانيهما ـ جعل الفضولي وكيلاً يلتزم بحقوق التصرف؛ لأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[1].

---

(١) البدائع: ١٥١/٥.

أما تاريخ نفاذ التصرف بالإجازة فيختلف حسب نوع التصرف :

إن كان من التصرفات التي لاتقبل التعليق بالشرط كعقود المعاوضات المالية (البيع والإيجار ونحوهما) فإنها تنفذ من وقت إنشائها أي أن للإجازة أثراً رجعياً ؛ لأن آثارها لا تتراخى عنها ، وتكون زوائد الشيء وغلاته كالأجرة مملوكة لمن وقع العقد له ، أي للمشتري في عقد البيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

وإن كان التصرف مما يصح تعليقه بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، فإنه ينفذ من وقت الإجازة ؛ لأن هذه التصرفات معلقة في المعنى على الإجازة .

وإن كان التصرف يتطلب التسليم الفعلي كالهبة ، فينفذ من وقت تسليم الموهوب له .

فسخ تصرف الفضولي :

تصرف الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن ، فيجوز حينئذ فسخه . والفسخ قد يكون من صاحب الشأن (البائع أو المشتري مثلا) ؛ لأن التصرف موقوف على رضاه وإجازته ، فما لم يجزه لم يتم التصرف .

وقد يكون الفسخ من الفضولي نفسه في عقد البيع قبل إجازة المالك صاحب الشأن حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك .

أما عقد الزواج فليس للفضولي فسخه ؛ لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن[1] .

---

(١) البدائع : ١٥١/٥ ، فتح القدير : ٣٠٩/٥ ـ ٣١٢ .

هل لفضولي واحد أن يعقد العقد عن الطرفين ؟

عرفنا سابقاً أن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد ، فليس للفضولي الواحد إبرام العقد سواء في البيع أو الزواج وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه الإجازة[١] ، سواء أكان فضولياً من الجانبين ، أو من جانب واحد ومن الجانب الآخر أصيلاً عن نفسه ، أو وكيلاً ، أو ولياً عن القاصر . فلو قال : بعت دار فلان ، وقبلت الشراء عن فلان ، أو زوجت فلاناً فتاة اسمها كذا ، وقبلت زواج هذه الفتاة لفلان ، لم ينعقد العقد .

العنصر الثالث ـ محل العقد :

محل العقد أو المعقود عليه : هو ماوقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وآثاره . وهو قد يكون عيناً مالية كالمبيع والمرهون والموهوب ، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج ، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال[٢] .

وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه ، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً أو عرفاً ، كالخمر لاتصلح أن تكون معقوداً عليها بين المسلمين ، والمرأة المحرم بسبب رابطة النسب أو الرضاع ، لاتصلح أن تكون زوجة لقريبها .

لذا اشترط الفقهاء **أربعة شروط في محل العقد** ، وهي ما يأتي :

١ ـ أن يكون موجوداً وقت التعاقد :

فلا يصح التعاقد على معدوم كبيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته ، ولا

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٢/٤٤٨ .

(٢) الإجارة نوعان : إجارة المنافع : وهي أن يكون المعقود عليه منفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والأراضي، وإجارة الأعمال : وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل إلى موضع معين ، وصباغة وإصلاح شيء ، وتقديم خبرة كخبرة الأطباء والمهندسين .

على مـالـه خطر العـدم ، أي احتمال عـدم الوجود كبيـع الحمـل في بطن أمـه ، لاحتمال ولادته ميتاً ، وكبيع اللبن في الضرع ، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخـاً ، وكبيع اللؤلؤ في الصدف ، ولا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل ، كالتعـاقـد مع طبيب على علاج مريض توفي ، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج ، وكالتعاقـد مع عـامل على حصاد زرع احترق ، فكل هذه العقود باطلة .

وهذا الشرط مطلوب عند الحنفية والشـافعيـة[١] ، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أو عقود التبرعات ، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل ، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن ، بدليل نهي النبي ﷺ عن بيع حبَل الحبلة[٢] ونهيه عن المضـامين والملاقيح[٣] ، وعن بيع ماليس عند الإنسان[٤] ؛ لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم .

واستثنى هؤلاء الفقهاء من هذه القاعدة العامـة في منع التصرف بـالمعـدوم عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع[٥] ، مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد ، استحسانا مراعاة لحاجة الناس إليها ، وتعارفهم عليهـا ، وإقرار الشرع صحـة

---

(١) البدائع : ١٣٨/٥ وما بعدها ، المبسوط : ١٩٤/١٢ ومـا بعـدهـا ، فتح القـدير : ١٩٢/٥ ، مغني المحتـاج : ٣٠/٢ ، المهذب : ٢٦٢/١ .

(٢) أي بيع ولد ولد الناقة ، أو بيع ولد الناقة . والحديث رواه أحمد ومسلم والترمذي عن ابن عمر (نيل الأوطـار : ١٤٧/٥)

(٣) المضـامين : مـا في أصلاب الإبل ، والملاقيح : مـا في بطون النوق . وهـذه البيوع كانت متعـارفـة في الجـاهليـة . والحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر (نصب الراية : ١٠/٤) .

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعـة ، وصححـه الترمـذي وابن خزيمـة والحـاكم عن عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده بلفظ : « لايحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عنـدك » . (سبل السلام : ١٦/٣) .

(٥) السلم : هو بيع آجل بعاجل أي بيع شيء غير موجود بثمن حال ، كما يفعل الزراع مع التجار في بيعهم المحصولات الزراعية قبل الحصاد . وقد أجازه الشرع في السنـة : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلـوم » والإجـارة هي عقـد على المنـافـع بعـوض . وقـد ثبتت مشروعيتهـا بـالقرآن والسنـة وإجمـاع العلمـاء ، والاستصناع : هو الاتفاق على عمل الصانع بأن يصنع شيئاً نظير عوض معين ، بخامـات من عنـده ، كما نفعل مع الخياطين والنجارين والحدادين مثلاً . وقد أجيز بالإجماع لحاجة الناس إلى التعامل به في كل زمان ومكان .

السلم والإجارة، والمساقاة[1] ونحوها.

واكتفى المالكية[2] باشتراط هذا الشرط في المعاوضات المالية، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل.

وأما الحنابلة[3]: فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتمل على الغرر[4] الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحَمْل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم. وأجازوا فيما عدا ذلك ـ كما قرر ابن تيمية وابن القيم ـ بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر: وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجودا أو معدوما كبيع الفرس والجمل الشارد، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر، لا للعدم.

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء

---

(١) المساقاة: هي تعهد العمل على سقاية وتربية الأشجار بنسبة من الناتج. وقد ثبت تشريعها في السنة. ومثلها المزارعة: هي العمل على استثمار الأراضي الزراعية بنسبة من المحصول.

(٢) القوانين الفقهية: ص٣٦٧، الشرح الصغير: ٣/٣٠٥، ط دار المعارف بمصر. قال ابن رشد في بداية المجتهد: ٢/٣٢٤ «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر.

(٣) أعلام الموقعين: ٢/٨ وما بعدها، نظرية العقد لابن تيمية: ص٢٢٤، المغني: ٤/٢٠٠، ٢٠٨.

(٤) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «نهى النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» أي نهى عن بيع المبيع المشتمل على غرر، فالمبيع نفسه لا البيع هو الغرر، كالثمرة قبل بدو صلاحها. والغرر: ما تردد بين السلامة والعطب. أو ما لا يقدر المتعاقد على تسليمه موجوداً كان أو معدوماً. وبيع الحصاة: أي ما وقعت عليه الحصاة من عدة أشياء (نيل الأوطار: ٥/١٤٧).

صلاحه، والحب بعد اشتداده، والعقد في هذه الحالة ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد.

وأما حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فالسبب فيه: هو الغرر لعدم القدرة على التسليم، لا أنه معدوم.

بيع الثمار أو الخضار أو الزروع:

يترتب على اشتراط وجود المعقود عليه أو قابليته للوجود في المستقبل حكم بيع الثمر أو الخضر أو الزرع في الأرض قبل ظهوره أو بعد ظهوره وقبل نضجه[1].

أ ـ اتفق الفقهاء على بطلان بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق، لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يخلق، ونهيه عليه السلام عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وعلل النهي عن البيع بقوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[2]؟

ب ـ إذا أصبح الزرع والثمر بحالة ينتفع بها انتفاعاً كاملاً، صح التعاقد عليه؛ لأن محل العقد موجود. ويجوز إبقاؤه في الأرض أو على الشجر إلى وقت الحصاد أو القطاف عند غير أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن العرف يقتضيه ويتعامل به الناس عادة.

ج ـ إذا أصبح الزرع والثمر بحالة لا ينتفع بها انتفاعاً كاملاً، كأن صار العنب

---

(١) انظر عند الحنفية: البدائع: ٥/ ١٧٣، المبسوط: ١٢/ ١٩٥ وما بعدها، فتح القدير: ٥/ ١٠٢ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤/ ١٢، الدر المختار: ٤/ ٤٠، وعند المالكية: المنتقى على الموطأ: ٤/ ٢١٧ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ١٤٨ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٦١. وعند الشافعية: تكملة المجموع: ١١/ ٣٥١، ٣٦٠، مغني المحتاج: ٢/ ٨٦، ٨٩، ٩١ وما بعدها، وعند الحنابلة: ٤/ ٨٠، ٨٧، ٨٩ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٦٨ وما بعدها، وعند الظاهرية: المحلى: ٨/ ٤٧١ وعند الزيدية: البحر الزخار: ٣/ ٣١٧، وعند الإمامية: المختصر النافع: ص ١٥٤، وعند الإباضية: شرح النيل: ٤/ ٧٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تَزْهى، قالوا: وما تزهى؟ قال: تحمرّ، وقال: إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك» (نيل الأوطار: ٥/ ١٧٣).

حصرماً ، والبلح بسراً ، والزرع سنبلاً أخضر لم ييبس ، جاز بيعه عند الإمامين مالك ومحمد بن الحسن استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم به . ولم يجز بيعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ، لأن إبقاءه أمر مطلوب ، وفي إبقائه منفعة للمشتري لا يقتضيها العقد ولا يلائمه .

د - إذا بدا صلاح بعض الأشجار المثمرة في بستان أو في بساتين متجاورة يجوز بيع ما ظهر صلاحه وما لم يظهر عند المالكية والشيعة الإمامية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ، عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمسامحة الإنسان لأخيه ، وتعارف الناس عليه ، إلحاقاً لما لم يظهر صلاحه بما ظهر ، ودفعاً للمشقة على الناس في تعاملهم .

ولم يجز ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والإباضية ؛ لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول قد لا يخرجه الله تعالى من الشجرة لعدم القدرة على تسليم المبيع كله .

والخلاصة : أن من منع البيع في هذه الصور أراد الاحتياط في أخذ مال الغير ، ومن أجاز البيع أراد التيسير على الناس ومراعاة الأعراف .

هذا ويتفق القانون المدني السوري (م ١٣٢ ، ١٣٣) مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط ، فقد شرط فقهاء القانون في محل الالتزام أن يكون شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام ، أو قابلاً للوجود في المستقبل[١] ، لكن لا يجوز قانوناً ولا شرعاً بيع التركة المستقبلة ، فلا يجوز للوارث بيع حصته من تركة مورثه وهو على قيد الحياة . ويجوز قانوناً لا شرعاً بيع المؤلف مؤلفه قبل إتمامه ، وبيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر ، وبيع النتاج الذي لم يولد ، ويمكن تصحيح هذه العقود على رأي ابن تيمية الذي يجيز العقد على الشيء الذي يمكن وجوده في المستقبل إذا امتنع الغرر .

---

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ص ٦٥ .

٢ ـ أن يكون المعقود عليه مشروعاً .

يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً ، باتفاق الفقهاء[(١)] ، بأن يكون مالاً مملوكاً متقوماً ، فإن لم يكن كذلك ، كان العقد عليه باطلاً . فبيع غير المال كالميتة والدم[(٢)] ، أو هبتها أو رهنها أو وقفها أو الوصية بها باطل ؛ لأن غير المال لا يقبل التمليك أصلاً ، وذبيحة الوثني والملحد والمجوسي والمرتد كالميتة .

و يبطل بيع غير المملوك أو هبته : وهو المباح للناس غير المحرز كالسمك في الماء والطير في الهواء والكلأ والحطب والتراب والحيوانات البرية أو المخصص للنفع العام كالطرقات والأنهار والجسور والقناطر العامة ؛ لأنها غير مملوكة لشخص أو لا تقبل التملك الشخصي .

والتصرف بغير المتقوم باطل أيضاً : وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعاً ، كالخمر والخنزير بين المسلمين .

وأما آلات الملاهي كأدوات الموسيقا المختلفة فيجوز بيعها عند أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها ، ولأنها مال في ذاتها ، ولا ينعقد بيعها عند الصاحبين وبقية الأئمة ؛ لأنها معدة للفساد واللهو . وبناء عليه يضمن قيمتها من يتلف شيئاً منها عند أبي حنيفة ، ولا يضمن عند غيره من الفقهاء .

و يبطل التصرف بكل شيء ، لا يقبل بطبيعته حكم العقد الوارد عليه ، فالأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والفواكه لا تصلح محلاً للرهن ؛ لأن

---

(١) البدائع : ٥/ ١٤٠ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٣ ، مغني المحتاج : ٢/ ١١ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣/ ٢٢ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢/ ٦ وما بعدها .

(٢) أجاز الشافعية والحنابلة خلافاً لأبي حنيفة ومالك بيع حليب المرأة المرضع للحاجة إليه وتحقيق النفع به ، وأجاز الحنابلة بيع أعضاء الإنسان كالعين وقطعة الجلد إذا كان ينتفع بها ليرقع بها جسم الآخر لضرورة الأحياء ، وبناء عليه يجوز بيع الدم الآن للعمليات الجراحية للضرورة (راجع المغني : ٤/ ٢٦٠) .

حكمه : وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته ، لا تقبله هذه الأموال . والمرأة من المحارم كالأخت والعمة بالنسبة لقريبها المحرم لا تصلح محلاً لعقد الزواج . والعمل الممنوع شرعاً كالقتل والغصب والسرقة والإتلاف لا يصح الإجارة عليه .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط هذا الشرط ، فقد شرط القانونيون أن يكون الشيء داخلاً في دائرة التعامل . وأن يكون في بعض الأحوال مملوكاً للملتزم بنقل ملكيته وذلك في الحقوق العينية المنصبة على شيء معين بالذات[1] ، إلا أن فقهاء الشرع يجعلون تحريم الشرع وعدمه هو المحكم في جعل محل الالتزام مشروعاً أم غير مشروع ، والقانون يحكم في ذلك قواعد النظام العام والآداب .

٣ ـ أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد :

يشترط باتفاق الفقهاء توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد ، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه ، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد . ويكون العقد باطلاً .

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء وفي التبرعات[2] عند غير الإمام مالك ، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها ، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجارة أو هبة على الطير في الهواء والسمك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب والدار في الأرض المحتلة من العدو ، لعدم القدرة على التسليم .

وأجاز الإمام مالك أن يكون معجوز التسليم حال التعاقد محلاً لعقد الهبة وغيره

---

(١) نظرية الالتزام للدكتور حجازي : ص ٦٥ ، ٧١ .

(٢) البدائع : ٤/ ١٨٧ ، ٥/ ١٤٧ ، ٦/ ١١٩ ، بداية المجتهد : ٢/ ١٥٦ ، الشرح الكبير : ٣/ ١١ ، الشرح الصغير : ٣/ ٢٢ ، المهذب : ١/ ٢٦٢ ، مغني المحتاج : ٢/ ١٢ ، المغني : ٤/ ٢٠٠ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢/ ١٠ .

من التبرعات[1] . فيصح عنده هبة الحيوان الفار وإعارته والوصية به ، لأنه في التبرع لا يثور شيء من النزاع حول تسليم المعقود عليه ؛ لأن المتبرع فاعل خير ومحسن ، والمتبرع له لا يلحقه ضرر من عدم التنفيذ ، لأنه لم يبذل قليلاً ولا كثيراً ، فلا يكون هناك ما يؤدي إلى النزاع والخصام الذي يوجد في المعاوضات المالية .

وهذا الشرط لم يذكر عند القانونيين ، ويظهر أنهم لا يشترطونه .

٤ ـ أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين :

لا بد عند الفقهاء أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع ؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول[2] . والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاؤه متماثلة ، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة ، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار، كأن يكون المبيع حديداً من الصلب أو الفولاذ من حجم معين .

فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة : وهي التي تفضي إلى المنازعة . ويكون العقد فاسداً عند الحنفية ، باطلاً عند غير الحنفية ، وتغتفر الجهالة اليسيرة ، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة .

كما لا يصح التصرف بما يشتمل على الغرر. ويلاحظ أن الغرر أعم من الجهالة فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولاً ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الشيء الهارب المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر[3] .

---

(١) الشرح الصغير: ٤/ ١٤٢ .

(٢) سبق تخريج الحديث، رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» وبيع الحصاة: أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة، ويرمي الحصاة. أو يقول: من هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمي (نيل الأوطار: ٥/ ١٤٧).

(٣) الفروق للقرافي المالكي: ٣/ ٢٦٥ ، تهذيب الفروق بهامشه: ٣/ ٢٧٠ وما بعدها .

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار باتفاق الفقهاء ، أما اشتراطه في غيرها فمحل اختلاف :

فالشافعية والحنابلة[1] يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد الزواج ، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف .

وقصره الحنفية[2] على المعاوضات المالية وغير المالية ، ولا يشترطونه في عقود التبرعات كالوصية والكفالة ، فيصح التبرع مع جهالة المحل ؛ لأن الجهالة فيه لا تؤدي إلى النزاع ، كأن يوصي شخص بجزء من ماله ، ويكون البيان متروكاً للورثة . وكأن يقول الكفيل : أنا ضامن ما على فلان من مال .

واكتفى المالكية[3] باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط ، فأبطلوا كل عقد بيع مثلاً إذا كان مشتملاً على جهالة المبيع أو الثمن . ولم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية ، وفي عقود التبرعات ، فأجازوا الزواج المشتمل على غرر قليل لا كثير كأثاث بيت ، لا على شيء شارد أو ضائع ؛ لأن القصد من المهر هو المودة والألفة فأشبه التبرع فاغتفرت فيه الجهالة اليسيرة ، لا الفاحشة ؛ لأن في الزواج شبهاً بالمعاوضات ، وصححوا التبرع بالمجهول جهالة فاحشة ؛ لأن القصد منه الإحسان بالصرف والتوسعة على الناس ، ولا يترتب على ذلك نزاع .

والقانون المدني في المادة (١٣٤) اشترط هذا الشرط أيضاً ، متجاوزاً عن الجهالة اليسيرة إذا كان المحل غير معين بالذات ، أي معيناً بنوعه فقط . فقال فقهاء القانون : يشترط أن يكون الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين بشرط بيان طرق التعيين اللاحق .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/ ١٦ ، المهذب : ١/ ٢٦٣ ، ٢٦٦ ، المغني : ٤/ ٢٠٩ ، ٢٣٤ ، غاية المنتهى : ٢/ ١١ ، ٣٣٢ وما بعدها ، ٣/ ١٨ ، ٦٠ .

(٢) المبسوط : ١٣/ ٢٦ ، ٤٩ ، البدائع : ٥/ ١٥٨ ، فتح القدير : ٥/ ١١٣ ، ٢٢٢ ، الدر المختار : ٤/ ٣٠ ، ١٢٥ .

(٣) الشرح الكبير : ٣/ ١٠٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، المنتقى على الموطأ : ٤/ ٢٩٨ ، الفروق : ١/ ١٥٠ وما بعدها .

فإذا كان الشيء محل الالتزام مما يعين بذاته وجب أن تكون ذاتيته معروفة . وإذا كان الشيء مما يعيّن بنوعه لزم أن يذكر جنسه ونوعه ومقداره[(١)] . والشرع والقانون وإن اتفقا على هذا الشرط من حيث المبدأ ، لكنهما يختلفان في التطبيق ، فالشرعيون يوجبون تعيين محل العقد تعييناً تاماً لا يتطرق إليه أي احتمال ، وإلا كان العقد فاسداً عند الحنفية باطلاً عند غيرهم ، ولا يجيزون كون المحل قابلاً للتعيين ، والقانون يكتفي بكون المحل قابلاً للتعيين ، وإن لم يكن معيناً وقت التعاقد ، كالتعهد بتوريد أغذية معينة النوع لمدرسة أو مشفى .

وأخيراً اشترط غير الحنفية[(٢)] **شرطاً خامساً** : وهو أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ولا متنجساً ؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة ، فكل ما كان طاهراً أي ما يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم . وأما النجس والمتنجس فيبطل بيعه ، والنجس : مثل الكلب ولو كان معلماً للنهي عن بيعه ، والخنزير والميتة والدم والزبل والحشرات والبهائم الكاسرة التي لا يؤكل لحمها كالأسد والذئب ، والطيور الجارحة كالنسر والغراب والحدأة ، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل والدبس واللبن . لكن أجاز هؤلاء الفقهاء بيع المختلف في نجاسته كالبغل والحمار ، وبيع الهر وطيور الصيد كالصقر والعقاب المعلم ، والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء .

ولم يشترط الحنفية[(٣)] هذا الشرط ، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها كالخمر والخنزير والميتة والدم[(٤)] ، كما

---

(١) موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور عبد الحي حجازي : ص ٦٦ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل : ٤/ ٢٥٨ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٣/ ١٠ ، بداية المجتهد : ٢/ ١٢٥ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ ، المهذب : ١/ ٢٦١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/ ١١ ، المغني : ٤/ ٢٥١ ، ٢٥٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢/ ٦ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٥/ ١٤٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/ ١٨٨ ، ٨/ ١٢٢ .

(٤) روى أحمد والشيخان عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح ـ فتح مكة في رمضان سنة =

أجازوا بيع الحيوانات المتوحشة، والمتنجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل. والضابط عندهم: أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى: ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾.

العنصر الرابع ـ موضوع العقد:

إن موضوع العقد: هو أحد مقوماته الأربعة التي لا بد من وجودها في كل عقد.

وموضوع العقد: هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله. وإذا كان القانون عند القانونيين هو الذي يحدد مقصد العقد أو آثاره، لا إرادة العاقد، فإن المشرع في الشريعة الإسلامية هو الذي يحدد الآثار الخاصة لكل عقد، وبهذا التحديد وفي نطاقه المقرر تتحقق الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشاء العقد.

وموضوع العقد واحد ثابت في كل فئة أو نوع من أنواع العقود، ويختلف باختلاف فئات العقود أو أنواعها، فهو في عقود البيع واحد: وهو نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض. وفي الإجارات: هو تمليك المنفعة بعوض، وفي الهبات: هو تمليك العين الموهوبة، بلا عوض، وفي الإعارات: هو تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الزواج: هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين.

وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي: المقصد الأصلي للعقد (أو الغاية النوعية من العقد)، وحكم العقد، فهذه المصطلحات الثلاثة مترادفة يمثل كل واحد منها وجهاً لحقيقة واحدة. فإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل إيجاد العقد سميت **مقصداً أصلياً للعقد** أي مآل العقد. وإذا نظر إلى هذه الحقيقة

= ثمان من الهجرة ـ وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام..» (سبل السلام ٣/٥) وروى أحمد وأبو داود عن ابن عباس: «... وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» (نيل الأوطار: ٥/ ١٤١ ـ ١٤٢).

من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت **حكم العقد** أي الأثر المترتب عليه . وإذا لاحظنا المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتمامه فتسمى هذه الحقيقة **موضوع العقد**[1] . فهذه العبارات الثلاثة تطلق على حقيقة واحدة مثلثة الوجوه[2] .

والمقصد الأصلي للعقد في الشريعة ربما يلتقي في بعض الخصائص مع المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين ، وهو الذي لم تأخذ به قوانيننا العربية في سوريا ومصر وليبيا وغيرها . وهو المسمى : السبب الفني للالتزام : وهو السبب القريب المجرد الذي يكون واحداً في كل الالتزامات التي من نوع واحد ، وهو لازم لنشوء الالتزام ولاستمراره .

فكل من المقصد الأصلي والسبب الفني موضوعي وواحد في العقد . ففي عقد البيع مثلاً السبب الفني لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع : هو التزام المشتري بدفع الثمن . والمقصد الأصلي لعقد البيع : هو نقل الملكية بعوض ، أي أن السبب الفني هو واحد في كل التزام بنقل الملكية ، لا يختلف من التزام إلى آخر بحسب اختلاف الأشخاص . فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على ثمن ما باع . وكذلك المقصد الأصلي هو واحد كما عرفنا في النوع الواحد من العقود ، لا يختلف إلا باختلاف نوع العقد .

لكن الفرق بين السبب الفني والمقصد الأصلي : هو أن السبب الفني ملازم لإرادة العاقد الخاصة ، وإن كان متميزاً عنها . أما المقصد الأصلي فهو في الأصل منفك عن

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٤٩ ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد سوار : ف ٥٣١ ، ص٥٠١ وما بعدها .

(٢) يلاحظ أن هناك فرقاً بين موضوع العقد ومحل العقد ، أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد ، وأما محل العقد فهو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد ، كالمبيع والثمن .

الإرادة الخاصة للعاقد، غير متلازم معها، وإنما هو متلازم مع إرادة الشارع[1] .

فالسبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد[2] ، أي أن السبب هو مجموع الآثار المتولدة، فإن كانت هذه الآثار سليمة، ذات محل مشروع، كان العقد صحيحاً، وإلا كان العقد باطلاً. وهذه الآثار: هي التي دفعت العاقد إلى التعاقد.

والحقيقة: أن التقاء المقصد الأصلي في الشريعة مع السبب الفني في بعض الخصائص لا يعني أن أحدهما هو بمعنى الآخر؛ لأن السبب الفني هو سبب الالتزام وسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد. ففي العقود التبادلية: سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن. وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

وهذا المعنى للسبب المدني يختلف عن المقصد العام للعقد في الشريعة، المعتبر في جميع العقود التي تبرم من نوع واحد، فالبيوع كلها مقصدها واحد هو المقصد العام لهذا النوع من العقد. وهو يختلف عن السبب الفني؛ لأن الثاني خاضع لإرادة العاقد، والمقصد النوعي خاضع لإرادة الشرع.

والسبب الفني يختلف عن الباعث؛ لأن الأول: هو الغرض الدافع والمباشر الذي التزم المدين من أجله. والباعث: هو ما قبل ذلك من الدوافع[3] . وإذا كان الفقه الإسلامي لا يعتد بالسبب الفني في المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين فإنه يتوصل إلى نفس الدور الذي يقوم به السبب الفني من ناحيتين: أولاهما - من طريق تحديد شرائط العقد والمحل، كعنصر نشوء أو تكوين، وثانيهما - من طريق فكرة «التعادل» في التبادل كعنصر تنفيذ[4] .

---

(١) التعبير عن الإرادة، للدكتور سوار: ف ٥٣٤.

(٢) المرجع السابق: ف ٥١٧.

(٣) موجز نظرية الالتزام، للدكتور حجازي: ص ١٠٤.

(٤) التعبير عن الإرادة: المرجع السابق: ف ٥٢٦، النظرية العامة للالتزام، سوار: ص ١٥٤.

السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين :

السبب في القضاء اليوم والذي أخذت به القوانين المدنية العربية في سوريا (م ١٣٧ ، ١٣٨) وفي مصر (م ١٣٦ ، ١٣٧) : هو المسمى : سبب العقد ، أو السبب المصلحي أو سبب السبب وهو الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي دفع العاقد إلى العقد . والسبب بهذا المعنى ليس عنصراً موضوعياً ، وإنما يختلف في النوع الواحد من الالتزامات باختلاف الأشخاص ، فهو إذاً عنصر شخصي ، غير ثابت ، بعكس السبب الفني الذي يعد عنصراً موضوعياً ثابتاً في النوع الواحد من الالتزام .

وإذا كانت وظيفة السبب الفني أو التقليدي : هي سلامة الالتزام من الناحية الفنية ، فوظيفة سبب العقد أو السبب في النظرية الحديثة : هي منع صحة عقد يبتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة ، فبه تتحقق مصلحة المجتمع ، وهي حماية الأخلاق أو النظام العام ، أي أن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ : وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة .

موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة) : في الفقه الإسلامي حول نظرية السبب هذه اتجاهان[1] :

اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية ، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية .

أما الاتجاه الأول : فهو مذهب الحنفية والشافعية[2] الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود ، لا بالإرادة الباطنة ، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات

---

(١) مصادر الحق للسنهوري : ٥١/٤ ومابعدها .

(٢) راجع عند الحنفية مختصر الطحاوي : ص٢٨٠ ، تكملة فتح القدير : ١٢٧/٨ ، البدائع : ١٨٩/٤ ، تبيين الحقائق : ١٢٥/٥ ، وعند الشافعية : الأم /٨٥/٣ ، المهذب ٢٦٧/١ ، مغني المحتاج : ٣٧/٢ ومابعدها ، الباجوري على ابن القاسم : ٣٥٣/١ .

لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث ، لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة كالفقه الجرماني ، والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات .

ولا تأثير للسبب أو للباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد ، أي تضمنته الإرادة الظاهرة كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي . فإذا لم يصرح به في صيغة العقد بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع ، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد ، ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد ، أي أن العقد صحيح في الظاهر ، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع ، لكنه مكروه حرام ، بسبب النية غير المشروعة .

وبناء عليه قال الحنفية والشافعية بصحة العقود التالية مع الكراهة التحريمية عند الحنفية او الحرمة عند الشافعية وهي :

١ ـ **بيع العينة** : (أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا) كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمئة ليرة ، ثم شراؤها في الحال بمئة وعشر ، فيكون الفرق ربا . لكن أبا حنيفة استثناء من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض .

٢ ـ **بيع العنب لعاصر الخمر** ، أي لمن يعلم البائع أنه سيتخذه خمراً ، أو يظنه ظناً غالباً ، فإن شك في اتخاذه خمراً أو توهمه فالبيع مكروه .

٣ ـ **بيع السلاح في الفتنة الداخلية** أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطاع الطرق المحاربين ومثله بيع أدوات القمار ، وإيجار دار للدعارة أو للقمار ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك .

٤ ـ **زواج المحلِّل** : وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً (أي

البائن بينونة كبرى) بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها في ليلة واحدة مثلاً ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد ، عملاً بظاهر الآية القرآنية : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ .

والخلاصة : أن هذا الاتجاه لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلاً في صيغة العقد وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً ، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد .

وأما الاتجاه الثاني : فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة[1] الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث ، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع ، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كإهداء العدو هدية لقائد الجيش ، والإهداء للحكام والموظفين ، فذلك مقصود به الرشوة ، فتكون للدولة . وهبة المرأة مهرها لزوجها ، يقصد به استدامة الزواج ، فإن طلقها بعدئذ ، كان لها الرجوع فيما وهبت[2] .

فهذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني ، مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية ، فإن كان الباعث مشروعاً ، فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان ، قال الشوكاني[3] : لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً في

---

(١) راجع عند المالكية : بداية المجتهد : ١٤٠/٢ ، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي : ٩١/٣ ، مواهب الجليل للحطاب : ٤٠٤/٤ ، ٢٦٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٥٨ ، ٢٧١ ومابعدها ، الموافقات : ٢٦١/٢ ، الفروق : ٢٦٦/٣ ومابعدها . وعند الحنابلة : المغني : ١٧٤/٤ ومابعدها و ٢٢٢/٤ ، أعلام الموقعين : ١٠٦/٣ ، ١٠٨ ، ١٢١ ومابعدها ، ١٣١ ، ١٤٨ ، غاية المنتهى : ١٨/٢ ، وعند الشيعة الجعفرية : المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٠ ، وعند الزيدية : المنتزع المختار : ١٩/٣ وما بعدها .

(٢) القواعد لابن رجب : ص٣٢٢ .

(٣) نيل الأوطار : ١٥٤/٥ .

حال القصد وتعمد البيع إلى من يتخذه خمراً . وأما مع عدم القصد والتعمد للبيع فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة مالم يعلم أنه يتخذه لذلك .

وبناء عليه قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة ، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً ، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح ، وبيع ثياب حرير ممن يلبسها[1] .

أما عدم صحة بيع العنب للخمار وبيع السلاح للأعداء ونحوهما فلأنه إعانة على الحرام ، أو عقد على شيء لمعصية الله به فلا يصح . وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية : وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة ، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت ، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد ، وهو قصد غير مشروع . وأما فساد بيع العينة (أو بيوع الآجال) فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا ، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء . فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع ، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام .

والخلاصة : أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقود بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر ، أو كانت الظروف تحتم علمه ؛ لأن النية روح العمل ولبه . ويكون هذا الاتجاه آخذاً بنظرية السبب ، التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً ، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً فلا يصح العقد .

المطلب الثالث ـ الإرادة العقدية :

الإرادة هي القوة المولدة للعقد ، والعقد كما بينا : هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي ، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين . والكلام أو التعبير هو

---

(١) مواهب الجليل للحطاب : ٢٦٣/٤ ومابعدها .

ترجمان الإرادة ، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة . والإرادة نوعان : باطنة حقيقية ، وظاهرة .

والإرادة الباطنة : هي النية أو القصد .

والإرادة الظاهرة : هي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة ، أو ما يقوم مقامها كالتعاطي ، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد . وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون ، لم تفد شيئاً ، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة ، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلقاً أو واقفاً .

وقد عرفنا في بحث صيغة التعاقد ما تتحقق به الإرادة الظاهرة .

وأما الإرادة الباطنة فتتحقق بالرضا والاختيار .

والحنفية يقررون أن الرضا والاختيار شيئان متغايران . **فالاختيار :** هو القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد ، سواء أكان ذلك عن رضا أم لا . **والرضا :** هو الرغبة في أثر العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه . فإذا وجد الرضا وجد الاختيار ، وإذا وجد الاختيار لا يلزم وجود الرضا .

وغير الحنفية : الرضا والاختيار بمعنى واحد .

لكن في الحياة العملية : قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها ، ولا توجد معها إرادة باطنة ، فما حكم العقد ؟

هذا ما نبحثه في الفرع الأول من هذا المطلب وهو صورية العقد ، ويأتي بعده بحث الفرعين الآخرين . فإذا لم توجد الإرادة الباطنة الحقيقية كان العقد صورياً . وإذا وقع الشك في وجود الإرادة الحقيقية كان العقد معيباً بعيب من عيوب الرضا أو الإرادة .

الفرع الأول ـ صورية العقود :

قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها ، وتنعدم الإرادة الباطنة ، فيكون العقد صورياً ، ويظهر ذلك في الأحوال التالية :

١ ـ حالة السكر والنوم والجنون وعدم التمييز والإغماء :

إن العقود التي تصدر من النائم والمجنون وغير المميز ونحوهم لا أثر لها ، لانعدام الإرادة الحقيقية في إنشاء العقد .

والسكران أيضاً ليست له إرادة حقيقية في التصرف ، لكن مع ذلك اختلف الفقهاء في تصرفاته ، كما بينا سابقاً .

فقال الإمام أحمد وبعض المالكية[1] : لا تعتبر تصرفات السكران ، لعدم توفر القصد الصحيح عنده ، فلا يصح بيعه وشراؤه وعقوده وطلاقه وسائر أقواله . وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سوريا ومصر ، وهو الرأي الراجح والمعقول لدينا . لكن المشهور في مذهب المالكية : نفوذ طلاق السكران .

وقال الحنفية والشافعية[2] : إذا كان السكر بمباح كحالة البنج والاضطرار والإكراه ونحوها ، فلا تعتبر أقواله وأفعاله ، ولا أثر لعبارته ، لعدم تحقق القصد منه . وإذا كان السكر بمحرم فيؤاخذ بأقواله عقاباً وزجراً له ، فتصح عقوده كالبيع والزواج ، وتصح تصرفاته كالطلاق ، وتترتب عليها آثارها .

٢ ـ عدم فهم العبارة :

إذا لم يفهم الشخص عبارة غيره الذي نطق بعبارة تدل على الرضا بالتصرف لم

---

(١) المغني : ٧/ ١١٣ ، الشرح الكبير : ٣/ ٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٧ ، وهذا رأي الكرخي والطحاوي من الحنفية .

(٢) فتح القدير : ٣/ ٤٠ ، نهاية المحتاج : ٣/ ١٢ .

ينعقد العقد ، سواء في الإيجاب أو القبول ؛ لأن العبارة الصادرة منه لا تدل على قصد صحيح ، ولا تعبر عن إرادته ، والإرادة أو القصد أساس الرضا .

لكن قال الحنفية[1] : إذا كان التصرف مما يستوي فيه الجدل والهزل كالزواج والطلاق والرجعة واليمين ، وعلم العاقدان أن اللفظ المستخدم ينعقد به التصرف ، وإن لم يعلما حقيقة معناه ، فينعقد به التصرف ؛ لأن فهم اللفظ أمر مطلوب لأجل القصد ، وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد ، فلا يشترط في الناطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها . لكن في هذا مغالاة ؛ لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات يكون بعد فهم المعنى . ولا يعقل ترتيب الآثار على تصرف غير مفهوم المعنى .

٣ ـ حالة التعلم والتعليم والتمثيل :

إذا ردد المتكلم عبارات التصرفات ، ولكنه لا يريد إنشاء التزام أو عقد ، بل يريد غرضاً آخر كالتعلم والتعليم والتمثيل ، فلا يترتب على عبارته أي أثر . كما إذا ردد القارئ عبارة البيع أو الشراء أو الطلاق المسطرة في كتب الفقهاء بقصد تعلمها أو حفظها ، أو بقصد تعليمها لغيره ، فلا يترتب على كلامه أي أثر . وكذلك ترديد الممثلين عبارات التمثيل وحكاية أقوال الآخرين ، مثل زوجيني نفسك ، فقالت : زوجتك نفسي ، لا يترتب عليه أي أثر ؛ لأن المتكلم في هذه الأمثلة لا يقصد إنشاء العقد ، بل قصد غرضاً آخر ، وهو التمثيل أو الحفظ أو توضيح الحكم للتلاميذ .

٤ ـ الهزل أو الاستهزاء : الهزل ضد الجد : وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة . فإذا نطق الشخص بعبارة لا يريد بها إنشاء التصرف ، وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعبث ، مستخدماً صورية التصرف

(١) فتح القدير: ٢/ ٢٤٩، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٣٦٧، ط الأميرية.

القولي أو العقد، كانت العبارة الصادرة من الهازل عند الشافعية على الراجح[1] صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها، سواء في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار أم في الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق، وذلك عملاً بالإرادة الظاهرة، لا بالقصد الداخلي، وحفاظاً على مبدأ استقرار العقود والمعاملات، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل.

وفصل الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية[2] بين عقود المبادلات المالية وغيرها. فعقود المبادلات المالية كالبيع أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والعارية لا يترتب على عبارة الهازل بها أي أثر لعدم تحقق الرضا أو القصد الذي تقوم عليه الإرادة.

وأما التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل (وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين) فصححوا عبارة الهازل فيها، ورتبوا عليها آثارها، أخذاً بحديث نبوي سابق هو: « ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق »[3] وفي رواية « الرجعة » وفي رواية أخرى « اليمين »، ولأن هذه التصرفات خطيرة مشتملة على حق لله، وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء.

٥ ـ الخطأ:

الخطأ: هو وقوع الفعل بدون قصد، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها، كأن يقول: طلقت، وهو يريد أن يقول: بعت.

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٨٤، نهاية المحتاج: ٦/ ٨٢.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٣٦٣، ٣٦٧، ط الأميرية، ٤/ ٧، ٢٥٥، الشرح الكبير للدسوقي: ٣/ ٤، المغني: ٦/ ٥٣٥، كشاف القناع: ٢/ ٥ وما بعدها، غاية المنتهى: ٣/ ١٧.

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) إلا النسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٦/ ٢٣٤) وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

والمخطىء كالناسي أو المجنون عند الشافعية والمالكية والحنابلة[1] لا يترتب على عبارته أي عقد أو التزام، عملاً بقول النبي ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهو عليه»[2].

وقال الحنفية[3]: المخطىء والناسي يترتب على عبارتها أثرها في التصرفات والعقود؛ لأن الإرادة أمر باطني خفي لا اطلاع لنا عليه، فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في التصرفات لتزلزلت المعاملات، وضاعت الحقوق.

والخلاصة: أن رأي الحنفية في الخطأ على عكس رأيهم في الهزل.

٦ ـ التلجئة أو المواضعة[4]:

هي أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً (قضية الاسم المستعار).

أي أن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد، أو في مقدار البدل، أو في الشخص.

مثال الحالة الأولى: أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه. ومثله بيع المدين

---

(١) الفروق للقرافي: ٢/ ١٤٩، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي: ص ٣٠ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ٦٩.

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس.

(٣) البحر الرائق: ٣/ ٣٦٣، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٠٦، ٢/ ١٣٥، كشف الأسرار: ص ١٣٩٦، مرآة الأصول: ٢/ ٤٤١.

(٤) وتسمى عقد الأمانة أو التواطؤ.

أمواله لتهريبها من وجه الدائنين ، أو عقد قروض صورية لبعض الناس لمزاحمة الدائنين الحقيقيين ، أو إقرار المورث لبعض ورثته بدين لتفضيله في نصيب الإرث .

ومثال الحالة الثانية : إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرياء والسمعة والشهرة . أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة . فلا يجب في هذه الحالة إلا المهر المتفق عليه سراً في عقد الزواج ، أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، وكل من الزواج والبيع صحيح .

ومثال الحالة الثالثة : تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين ، والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحته الشخصية أو أنه هو الأصيل في العمل ، ثم يعلن أن اسمه مستعار ، كأن يقر شخص بأن الدكان أو السند أو الأموال التي في يده هي لشخص آخر ، فيعد قوله إقراراً بالحق لذلك الشخص (راجع المجلة : م١٥٩١ - ١٥٩٣) .

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد التلجئة أي بالنسبة للحالة الأولى :

فقال الحنفية والحنابلة[١] : إنه عقد فاسد غير صحيح كحالة الهزل تماماً ؛ لأن العاقدين ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما كالهازلين . كما لا يصح عقد القرض الصوري أو الإقرار كما في حالة الهزل[٢] .

وقال الشافعية[٣] : هو بيع صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه ، وأتي باللفظ مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد ، أي أن رأيهم في هذه العقود كرأيهم في عقود الهازل .

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٢٥٥/٤ ، المغني: ٢١٤/٤ ، ١٨٩ .

(٢) الهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز ألا يكون العاقد فيه مضطراً إليه وأن يكون الهزل سابقاً للعقد أو مقارناً له ، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار، ولاتكون مقارنة . هذا في قول، والأظهر كما حقق ابن عابدين أنها سواء في الاصطلاح .

(٣) مغني المحتاج : ١٦/٣ ، المجموع للنووي : ١٦٨/٨ .

٧ ـ الإكراه :

يقصد الشخص في حالة الإكراه التلفظ بالعبارة مع فهمه لمعناها ، ولكنه لم يرض بترتب الآثار عليها . فالإكراه بنوعيه الملجىء وغير الملجىء يعدم الرضا ، أي الإرادة الحقيقية .

وبما أن الإكراه يعدم الرضا لم يترتب عند غير الحنفية (الجمهور) على عبارة المستكره أي أثر في جميع العقود والتصرفات ، للحديث السابق : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فلا يصح طلاقه وزواجه وغيرهما ، كالسكران . وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٩)[١] والقانون المصري .

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : بيع المكره باطل[٢] .

وقال المالكية : بيع المكره غير لازم ، فيكون للعاقد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . وقال ابن جزي المالكي : بيع المكره وشراؤه باطلان[٣] .

وأما الحنفية[٤] فاعتبروا الإكراه كالهزل تماماً . فالعقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ونحوها ، أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والإعارة تكون موقوفة على إجازة المستكره بعد زوال ظرف الإكراه ، فإن رضي بها وأجازها في مدة ثلاثة أيام وبقي العاقد الآخر راضياً نفذت ، وإن لم يجزها بطلت . وهذا رأي زفر وهو الأصح .

---

(١) نص المادة : « ١ ـ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

٢ ـ المدهوش : هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره ، فلا يدري ما يقول » .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٧ ومابعدها ، غاية المنتهى : ٢/٥ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٣/٦ ، القوانين الفقهية : ص٢٤٦ .

(٤) مختصر الطحاوي : ص١٩١ ، ٤٠٨ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/٤ ، ٢٥٥ و ٥/٨٩ ـ ٩١ ، الفرائد البهية في القواعد للشيخ محمود حمزة : ص٣٢٤ .

والتصرفات الخمسة التي لله فيها حق (وهو الزواج والطلاق والرجعة واليمين والعتاق) تكون صحيحة كالهزل تماماً ؛ لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة ، فيترتب عليها أثرها .

٨ ـ القصد غير المشروع :

إذا اتخذ العاقد عقداً مباحاً وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، أي كان الدافع له سبباً غير مشروع ، فللفقهاء بالنسبة للعقد في حد ذاته رأيان ، وذلك مثل بيع السلاح لأهل الفتنة ، وبيع العصير لمن يتخذه خمراً ، وبيع العينة وزواج المحلل ونحوها .

قال الإمام الشافعي : العقد صحيح ، لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول والنية غير المشروعة متروك أمرها لله عز وجل يعاقب صاحبها .

وقال الصاحبان وسائر الأئمة الآخرين : العقد غير صحيح ، وليس للإيجاب والقبول أثر متى قام الدليل على هذا القصد الآثم .

وقد سبق بحث الرأيين في نظرية السبب عند الفقهاء .

الفرع الثاني ـ سلطان الإرادة العقدية (أو مدى الحرية في العقود والشروط) :

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليها ، ولكن في حدود النظام العام[١] : وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد ، فلا يصح مثلاً الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية ، أو النظام الاقتصادي والسياسي .

---

(١) لا تعترف الشريعة بما يسمى بالنظام العام ، وإنما بما حدّه الله ورسوله .

ويعبر القانونيون عن حرية الاشتراط وتحديد التزامات التعاقد بقاعدة مشهورة هي « العقد شريعة المتعاقدين » أي أنه قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه . وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١٤٨ / ١) .

وهذا يعني أن السلطان المطلق في إنشاء العقد وآثاره المترتبة عليه هو لإرادة المتعاقدين ، دون نظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم أي ما قد يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين .

كما أنه يمكن الاتفاق على أنواع جديدة من العقود بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الزمنية ، دون اقتصار على ما يعرف بالعقود المسماة وهي التي نظمها التشريع وحدد لها التزامات معينة .

وسنعرف أن الفقه الحنبلي يلتقي مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين المدنية المعاصرة .

وسأبحث هذا المبدأ في الفقه الإسلامي من ناحيتين :

أولاهما ـ حرية التعاقد ورضائيته .

وثانيتهما ـ حرية الاشتراط وترتيب آثار العقد .

الأولى ـ حرية التعاقد ورضائيته :

اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود[1] لقوله تعالى في المعاملات المالية : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (النساء : ٢٩) وقوله سبحانه في استحقاق أخذ شيء من حقوق الزوجات : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾

(١) راجع نظرية العقد لابن تيمية : ص١٥٢ ومابعدها .

(النساء : ٤) وقال النبي ﷺ « إنما البيع عن تراض »[(١)] « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه »[(٢)] . وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته ، دون حاجة لممارسة شكلية معينة ، إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه . والإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي ، سواء في المعاملات المالية ، أم في عقود الزواج ، إلا ماتوجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة ، كبيع القاضي أموال المدين المماطل جبراً عنه لإيفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة لصالح الجماعة ، واستملاك الأراضي للمصالح العامة .

واختلفت الاجتهادات الإسلامية على رأيين في مبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد) أي اختيار نظام معين ليكون عقداً بين طرفين ، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود الجديدة بالإضافة إلى العقود المتعارف عليها في الماضي . وهذان الرأيان هما ما يأتي :

الرأي الأول ـ للظاهرية : (أتباع داود بن علي وابن حزم الأندلسي)[(٣)] وهم المضيقون الذين يقولون : الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة ، أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع[(٤)] . واستدلوا على رأيهم بأدلة ثلاثة :

١ ـ إن الشريعة شاملة لكل شيء ، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة ، ومنها العقود ، على أساس من العدل ، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود ، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة .

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري .

(٢) رواه الدارقطني عن أنس ، وفيه مجهول (نيل الأوطار : ٣١٦/٥) .

(٣) وليس لهم أتباع في العصر الحاضر .

(٤) فتاوى ابن تيمية : ٣٢٣/٣ ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم : ٥٩٣/٥ ومابعدها ط الإمام .

٢ ـ بقول النبي ﷺ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »[١] فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً ؛ لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله ، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع . قال ابن حزم معلقاً على هذا الحديث : « فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه »[٢] .

٣ ـ يؤيده الحديث النبوي : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط »[٣] أي أن الشرط غير المنصوص عليه باطل ، فيقاس عليه العقد ، غير المنصوص عليه .

الرأي الثاني ـ للحنابلة وبقية الفقهاء : وهم الموسعون الذين يقولون : الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط الإباحة مالم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع . واستدلوا على رأيهم بما يأتي :

١ ـ إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك آية ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء أي أنها نصت على مبدأ القوة الالزامية للعقد ، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة ، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه ، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل . وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم ، بغير دليل شرعي ، تحريم لما لم يحرمه الله ، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة .

---

(١) رواه مسلم عن عائشة ، وفي لفظ البخاري : « من أحدث في أمرنا هذا ماليس منه فهو رد » .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام : ٦١٥/٥ .

(٣) رواه مسلم عن عائشة بلفظ « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » .

٢ ـ هناك فرق بين العبادات والمعاملات . أما العبادات فيجب ورود الشرع بها ، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها . فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة ؛ وذلك لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس ، فكل مايحقق مصالحهم يكون مباحاً . ويصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً من طريق القياس أو الاستحسان أو الإجماع أو العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة ومبادئها . وهذه المصادر لابد لها من سند في الكتاب أو السنة .

٣ ـ يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »[(١)] « الناس على شروطهم ماوافقت الحق » ويقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة ، ويحقق مصالح الناس .

وهذا الرأي هو الأصح ، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصرٍ لأنواع العقود وتقييد الناس بها ، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه ، على أن تراعى شرائط انعقاد العقود كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد .

الثانية ـ حرية الاشتراط وترتيب آثار العقود والقوة الملزمة للعقد :

اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية أي أن كل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لإرادته ؛ لقوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ وقوله : ﴿ وأوفوا بالعهد ، إن العهد كان مسؤولاً ﴾ .

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن عوف ، وقوله : « والمسلمون .. » من زيادة رواية الترمذي ، وقال عنه : هذا حديث حسن صحيح . وقولهم « الناس على شروطهم » في معنى « المسلمون على شروطهم ... الحديث » .

واتفق الفقهاء أيضاً على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع ، لا من عمل المتعاقدين . فإرادة المتعاقدين هي التي تنشىء العقد ، ولكن الشريعة هي التي ترتب مالكل عقد من حكم وآثار ، ولهذا يقول الفقهاء : إن العقود أسباب « جعلية شرعية » لآثارها ، أي أن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية ، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما ، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض بما يشترطون من شروط ، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم .

فإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط كعقد البيع ، وأما ما يترتب على العقد من آثار كنقل ملكية المبيع إلى المشتري واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع ، فمتروك لتقدير الشرع .

وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد ، فقد تكون حدود الشرع محققة لحاجة العاقدين ، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة ، فإن لم تحقق حاجة العاقدين وغرضهما احتاجا إلى اشتراط شروط تحقق الغرض المطلوب .

فما مدى سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود ، أو ما هي صلاحية الفقهاء في استنباط الحدود المقررة في الشرع أو تعديل الآثار الأصلية للعقد عن طريق اشتراط العاقدين الشروط العقدية إما بالنقص من تلك الآثار ، أو بإضافة التزامات على أحد العاقدين لا يستلزمها أصل العقد ؟ .

وحرية الاشتراط : هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في القوانين ، علماً بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لا من عمل العاقد ، والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين

من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد[1] .

للفقهاء الشرعيين رأيان في حرية الاشتراط في العقود :

الرأي الأول ـ للظاهرية ، وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع ، قالوا : إن الأصل في الشروط المنع ، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل .

الرأي الثاني ـ لسائر الفقهاء الآخرين : وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، لكن هؤلاء فريقان :

١ ـ الحنابلة يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق ، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز .

٢ ـ غير الحنابلة يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو التقييد ، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل ، وما عداه فهو صحيح .

وقد سبق ذكر أدلة المذهبين في بحث حرية التعاقد . وفي رأيي أنه يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية ، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة ، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء .

ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ماله من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام ، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء ، وتعصف بأغراض الزواج السامية . وقد قال الفقهاء : « الأصل في الأبضاع ـ أي المتعة الجنسية ـ التحريم » .

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء : ف٢١٥ ، وحاشية ف٢١٧ : ص٤٧٥ .

وأكتفي هنا ببيان مذهبي الحنفية والحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد . أما مذهب الشافعية فقريب من مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة .

أولاً ـ مذهب الحنفية في الشروط :

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع : الشرط الصحيح ، والشرط الفاسد ، والشرط الباطل[١] .

أ ـ الشرط الصحيح : هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد[٢] ، أو مؤكداً لمقتضاه ، أو جاء به الشرع ، أو جرى به العرف .

مثال الشرط الذي يقتضيه العقد : اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن ، واشتراط المشتري تسليم المبيع ، أو تملكه . واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، واشتراطه عليها تسليم نفسها إذا قبضت مهرها . فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه ؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعاً ، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين ؛ لأن ثبوت الملك والتسليم والتسلم وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات ، والإنفاق على الزوجة وزفافها من مقتضى الزواج .

ومثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد : اشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن معينين بالثمن عند تأجيله للمستقبل ، فإن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن ، فيلائم البيع ويؤيد التسليم . ومثله اشتراط كون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

---

(١) راجع البدائع : ٥/ ١٦٨ ـ ١٧٢ ، المبسوط : ١٣/ ١٣ ـ ١٨ ، فتح القدير : ٥/ ٢١٤ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/ ١٢٦ وما بعدها .

(٢) مقتضى العقد : هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد ، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين ، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين .

والشرط الذي ورد به الشرع : مثل اشتراط الخيار أو الأجل لأحد المتعاقدين ، أو اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب داع له ، فذلك كله مشروع في الشرع .

والشرط الذي جرى به العرف : مثل اشتراط المشتري على البائع التعهد بإصلاح الشيء المشترى مدة معينة من الزمان ، كالساعة ، والمذياع ، والسيارة ، والغسالة ، والثلاجة ، واشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري ، فهذا مما تعارفه الناس وإن كان فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين ، فجاز استحساناً خلافاً لزفر من الحنفية ، بدليل أن النبي ﷺ اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيراً ، وشرط لجابر ركوبه وحملانه عليه إلى المدينة .

وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط ، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد . كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس . وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي ، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة .

ب ـ **الشرط الفاسد :** هو ما لم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط الصحيح ، أي أنه الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائم المقتضى ، ولا ورد به الشرع ، ولم يتعارفه الناس ، وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين ، كشراء حنطة على أن يطحنها البائع ، أو قماش على أن يخيطه البائع قميصاً مثلاً ، أو شراء بضاعة على أن يتركها في ملك البائع شهراً ، أو بيع دار على أن يسكنها البائع شهراً أو أكثر ، أو شراء أرض على أن يزرعها البائع سنة ، أو شراء سيارة على أن يركبها البائع مدة من الزمن ، أو على أن يقرضه قرضاً أو يهب له هبة ونحو ذلك .

وفي الزواج : اشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيها ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً .

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد . والقاعدة المقررة في

ذلك هي : أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها ، وفي غيرها لا يؤثر عليها[1] .

فالشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها[2] ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع وشرط »[3] ولأن الشرط الفاسد يتنافى مع مبدأ التعادل الذي تقوم عليه المبادلات المالية .

وأما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات (هبة أو اعارة) والتوثيقات (كفالة أو حوالة أو رهن) ، والزواج والطلاق ، والإطلاقات كالوكالة ، فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد ، ويبقى العقد صحيحاً ، والشرط لاغ لا أثر له ، لما ثبت في السنة النبوية من تصحيح هذه العقود وإلغاء الشروط الفاسدة ، كالحكم بصحة الهبة وبطلان شرط التأقيت مثلاً .

ج ـ الشرط الباطل : هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما ، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعها أو لا يهبها لأحد ، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً ، واشتراط بائع سيارة ألا يركب المشتري فلاناً فيها أو يضعها في مكان خاص .

فالعقد صحيح ، والشرط لغو باطل لا قيمة له ، سواء في عقود المعاوضات ، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة .

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ١٣١ .

(٢) انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء بأن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به مشترطه ، ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد ، لأن العلة التي أوجدت الفساد زالت بزوال المانع من صحة العقد وهو عدم تمسك صاحب الشرط به (نظرية العقد لأبي زهرة : ص ٢٤٤) .

(٣) رواه أبو حنيفة ، وعبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ثانياً ـ مذهب الحنابلة في الشروط :

مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط[(١)] ، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فهم يرون : أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق ، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين ، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين ، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المبيعة بعد بيعها مدة معينة ، وتوصيل المبيع لدار المشتري ، وخياطة الثوب للمشتري ، واشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها ، أو ألا يسافر بها ، أو ألا ينقلها من منزلها .

فهذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها ، سواء في عقود المعاوضات المالية ، أم في عقود التبرعات ، أو في التوثيقات (أو التأمينات بلغة العصر) ، أو الزواج ونحوه ، فإن لم يوف بها جاز للعاقد الآخر فسخ العقد .

وهذا رأي القاضي شريح[(٢)] ، وابن شبرمة[(٣)] الكوفي ، وابن أبي ليلى[(٤)] وجماعة من فقهاء المالكية ، بدليل أن جابراً باع النبي ﷺ بعيراً واشترط حملانه عليه إلى أهله وأقره النبي على ذلك ودفع له الثمن[(٥)] . فاشتراط الركوب على الجمل فيه منفعة للبائع ، فهو شرط فاسد ، والفاسد لا يؤثر في العقد مطلقاً .

---

(١) كشاف القناع : ٢/ ٤٠ ، غاية المنتهى : ٢/ ٢٣ ـ ٢٦ ، أعلام الموقعين : ٣/ ٤٠١ ـ ٤٠٢ ، ط السعادة ، فتاوى ابن تيمية : ٣/ ٣٢٦ وما بعدها ، زاد المعاد : ٤/ ٤ ، نظرية العقد لابن تيمية : ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) شريح القاضي ابن الحارث بن قيس ، قاضي الكوفة والبصرة ، استمر على القضاء في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية ، واستعفى في أيام الحجاج ، مات بالكوفة سنة ٧٩ هـ .

(٣) عبد الله بن شبرمة ، قاضي فقيه تابعي ، عاصر أبا حنيفة ، له مذهب فقهي اندثر ، ولد سنة ٧٢ هـ ومات سنة ١٤٤ هـ .

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن قاضي الكوفة ، فقيه عالم ، مات سنة ١٤٨ هـ .

(٥) أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر (نيل الأوطار : ٥/ ١٧٨) .

ولم يستثن الحنابلة ومن وافقهم من الشروط الجائزة إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه.

١) الشرط المنافي لمقتضى العقد: كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشترى مطلقاً، أو ألا يقفه على جهة خير مثلاً، أو ألا يسكن فيه أحداً بالإيجار وغيره، فالعقد حينئذ صحيح والشرط لاغ؛ لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته العقد له من حقوق.

٢) الشرط المنهي عنه أو المخالف لحكم الله ورسوله، كاجتماع صفقتين في عقد واحد، مثل اشتراط البائع على المشتري إيجار الدار لفلان، أو أن يهبه شيئاً، أو يبيع له شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال، أو ألا يبيع الناتج الزراعي كالقطن وغيره إلا له واشتراط الزوجة أن يطلق امرأته الأولى. فهذه شروط فاسدة تفسد العقد؛ لأن رسول الله ﷺ «نهى عن بيعتين في بيعة» أو «عن صفقتين في صفقة»[1] ولأن ذلك يؤدي غالباً إلى النزاع بين المتعاقدين في العقد الآخر المشروط، فيسري النزاع إلى العقد الأصلي.

وقد أفاض ابن تيمية وابن القيم في بيان نظريتها في أن الأصل في العقود والشروط الإباحة أو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس. فإن حرمنا ما يجري بين الناس من عقود وشروط، بغير دليل من الشارع، نكون قد حرمنا مالم يحرمه الله.

والله تعالى أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾، وطالبنا النبي عليه السلام بتنفيذ الشروط في قوله المتقدم: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً». وقررت الشريعة أن الأصل

---

(١) اللفظ الأول رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن أبي هريرة. واللفظ الثاني رواه أحمد عن ابن مسعود (نيل الأوطار: ٥/ ١٥٢).

في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ فالتراضي هو المبيح للتجارة وقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ فإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات .

أما استثناء الشرط أو العقد المناقض حكم الله ورسوله ، فلقوله ﷺ في الحديث المتقدم : « من أحدث في أمرنا ـ أو ديننا ـ هذا ما ليس منه فهو رد » وفي لفظ « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » فكل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلاً باتفاق المسلمين ، كاشتراط التعامل بالربا أو الاتجار في الخمر ونحو ذلك ، لقوله ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » والمقصود بالشرط الذي ليس في كتاب الله هو ما فسره عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري في القضاء : « والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » .

وأما استثناء الشرط المنافي لمقصود العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالمشترى ببيع أو إيجار فلأنه جمع بين المتناقضين أي بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء .

ويلاحظ أن الحنابلة حصروا الشرط المنافي في المناقضة لمقصود العقد الأصلي . فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه ، فإنه يكون منافياً أو مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيح للتصرف . أما إذا شرط البائع منفعة أخرى كسكنى الدار أو زراعة الأرض ، فإنه لا يكون منافياً لمقتضى العقد ، ويكون الشرط صحيحاً . وكذلك في الزواج لو شرط فيه ألا تحل به المتعة الزوجية يبطل العقد ، لكن لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي يصح العقد ويلغو الشرط .

أما الحنفية فقد توسعوا في تفسير المنافاة ، وقالوا : كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، يكون منافياً لمقتضى العقد .

والخلاصة : أن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدين

تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصالحهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة.

وهذا الاتجاه لعمر وشريح وابن شبرمة والحنابلة يتفق تماماً مع ما تقرره القوانين الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة، وإعطاء الحرية للعاقدين في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام أو الآداب أو النصوص القانونية الخاصة.

مزايا الفقه الحنبلي في الشروط:

كان للاجتهاد الحنبلي في حرية الاشتراط العقدي مزايا مهمة فيما يأتي:

أ ـ الزواج:

أجاز الحنبلية الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في الزواج، لما ثبت في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» ولما للزواج من جانب كبير من الخطورة والقدسية، إذ تقوم عليه أسرة تتطلب الحفاظ عليها، فتكون رعاية الشروط التي فيها منفعة أوجب وألزم من العقود الأخرى.

فأجازوا خلافاً للحنفية والشافعية والمالكية للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لا تتعارض مع موضوع الزواج ونصوص الشريعة.

كاشتراط المرأة ألا يسافر بها زوجها، أو ألا ينتقل بها من دارها ويسكن معها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى[1]، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسراً ونحو ذلك.

أما اشتراط توقيت الزواج، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم

---

(١) اختلف الحنابلة في صحة هذا الشرط، فنص ابن قدامة صاحب المغني على عدم صحة هذا الشرط، ولكن أكثر الحنابلة على القول بالصحة (المغني: ٦/ ٥٦٠، تصحيح الفروع: ٣/ ٥٦).

الاستمتاع الزوجي ونحوه، فلا يصح لمصادمته موضوع الزواج[1].

فإذا لم يوف الزوج بالشرط كان الطرف الآخر المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد بسبب عدم الوفاء بالشرط.

ب ـ التبرعات:

أجاز الحنابلة للمتبرع استثناء بعض منافع الشيء المتبرع به، ولو لم تكن المنفعة معلومة، لقوله تعالى: ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ فللواهب أو الواقف أو المتصدق أن يشترط لنفسه منفعة من منافع الشيء مدة حياته، كأن يستثني غلة الوقف ما عاش الواقف، أو منفعة الدار الموهوبة مدة الحياة.

ج ـ المعاوضات:

أجاز الحنابلة أيضاً استثناء بعض منفعة الشيء المبيع بشرط أن تكون المنفعة معلومة، كأن يبيع الدار على أن يظل ساكناً فيها مدة معينة، أو السيارة على أن يركبها مدة معينة، والسبب في اشتراط كون المنفعة المستثناة معلومة في المعاوضات بعكس التبرعات: هو بناء المعاوضات على التعادل بين الطرفين، بحيث لا يغبن أحدهما الآخر عبناً فاحشاً، فلابد من كون المنفعة معلومة حتى لا يقع نزاع بين العاقدين، أما التبرع فلا تعادل فيه، فلا يتأتى النزاع بين الطرفين.

وجوزوا استثناء بعض الحقوق كأن يكون البائع أحق بشراء المبيع إذا أراد المشتري بيعه لآخر.

وأجازوا إيجاب بعض الواجبات على المالك كبيع العقار على أن يقفه المشتري، أو يتصدق به، أو يقضي دين فلان أو يصل به رحمه[2]. وهذا دليل على جواز الاشتراط لمصلحة الغير.

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢٠٨ وما بعدها، المغني: ٦/ ٥٤٨ وما بعدها.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٣٤٧.

وصحح الحنابلة خلافاً لبقية الفقهاء **البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل** بتاريخ معين من غير تقدير ثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان[1]، كبيع القطن بما يستقر عليه سعر السوق في بورصة الأقطان في الساعة السادسة من يوم كذا. وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة (٣٩٢).

واعتبر الحنابلة خلافاً لجمهور الفقهاء **بيع العربون** صحيحاً مشروعاً: وهو أن يبيع الشخص شيئاً، ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى عربوناً لتوثيق الارتباط بينهما، فإن تم البيع بينهما احتسب العربون المدفوع من الثمن، وإن نكل المشتري كان العربون للبائع، هبة من المشتري له[2]. وقد أخذ القانون المدني السوري في المادة (١٠٤) بطريقة بيع العربون هذه. وأصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار. ويسمى ضمان التعويض عن التعطل والانتظار في الفقه القانوني: الشرط الجزائي[3]. وقد أقره القاضي شريح بقوله «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»[4].

وأجازه الحنابلة لتعارف الناس له، ولما ثبت في السنة: «أن رسول الله ﷺ سئل عن العربان في البيع فأحله»[5] ويؤيده أثر عن عمر وهو: «أن نافع بن عبد

(١) أعلام الموقعين: ٤/ ٥ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢/ ١٤، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٠.

(٢) غاية المنتهى: ٢/ ٢٦، المغني: ٤/ ٢٣٢، وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون.

(٣) مصادر الحق للسنهوري: ٢/ ٩٦ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٣٤.

(٤) أعلام الموقعين: ٣/ ٤٠٠، ط السعادة.

(٥) حديث مرسل أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم، وفي إسناده إبراهيم بن يحي، وهو ضعيف (نيل الأوطار: ٥/ ١٥٣) وأبطله الجمهور بما رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع العُرْبان» وهو حديث منقطع، وفيه راو ضعيف لايحتج به وهو حبيب كاتب الإمام مالك (المرجع السابق).

الحارث العامل لعمر على مكة ، اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر كان البيع نافذاً ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم » وقد أقر عمر شرطه هذا[1] .

د ـ التصرفات مطلقاً :

أجاز الحنابلة تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وزواج وغيرها ، كأن يقول شخص : إن وصلت بضاعتي المستوردة اليوم فقد بعتكها بكذا . أو تقول امرأة : زوجتك نفسي على مهر كذا إن رضي أخي أو عمي مثلاً .

ودليلهم على الجواز إطلاق الحديث النبوي المتقدم : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ولأن تعليق العقود وغيرها على شرط قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة[2] .

ومنع جمهور الفقهاء التعليق في جميع العقود ولا سيا التمليكات والزواج ، واعتبروها باطلة . وسوغوا فقط تعليق الإسقاطات كالطلاق . كما سوغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والإطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم فقط ، مثل إذا سافر مدينك فأنا كفيله ، إذا وصلت بضاعتي من الحديد مثلاً فقد وكلتك ببيعها .

الفرع الثالث ـ عيوب الإرادة أو عيوب الرضا :

عيوب الإرادة : هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد . وتسمى قانوناً عيوب الرضا . وهي أربعة أنواع : الإكراه ، الغلط ، التدليس (أو التغرير) ، الغبن مع التغرير . ويختلف تأثيرها على العقد ، فقد تجعل

---

(١) أعلام الموقعين : ٣ / ٤٠١ .

(٢) أعلام الموقعين : ٣ / ٣٩٩ .

العقد باطلاً ، كالغلط في محل العقد ، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه ، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف ، والتدليس ، والغبن مع التغرير .

١ ـ الإكراه :

الإكراه في اللغة : هو حمل الغير على أمر لا يرضاه ، قهراً . وفي اصطلاح الفقهاء : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار مباشرته ، لو ترك ونفسه .

والمقصود بالإرادة : هي مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه ، فهي أعم الأحوال .

والمقصود بالاختيار : هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس وهو أخص من الإرادة .

والرضا : هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به ، وهو أخص من الاختيار .

والإكراه نوعان : ملجئ أو كامل ، وغير ملجئ أو ناقص[1] .

والإكراه الملجئ أو التام : هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار ، بأن يهدده بالقتل ، أو بإتلاف بعض الأعضاء ، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو ، أو تلف جميع المال .

وحكمه أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار .

والإكراه الناقص أو غير الملجئ : هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو ، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس ، أو بإتلاف بعض المال ، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة .

وحكمه : أنه يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار .

---

(١) البدائع : ١٧٥/٧ ، تكلمة فتح القدير : ٢٩٢/٧ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ١٨١/٥ ، درر الحكام : ٢٦٩/٢ ومابعدها ، الدر المختار : ٨٨/٥ ومابعدها .

وهناك نوع ثالث : وهو **الإكراه الأدبي :** وهو الذي يعدم تمام الرضا ، ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع ، أو الأخ أو الأخت ونحوهم ، وحكمه : أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً ، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية ، وهو رأي المالكية ، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها .

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد ، وهو الإكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً[1] .

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية ، وإنما يزيل الرضا ، وقد يزيل الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية ، ويزيل الرضا والاختيار معاً عند غير الحنفية .

شروط الإكراه :

يشترط لتحقق الإكراه شروط هي ما يأتي :

١ ـ أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به ، سواء أكان من الحكام أم من غيرهم ، فإن لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو لتمكن المستكره من الهرب ، فلا يتحقق الإكراه .

٢ ـ أن يغلب على ظن المستكره إيقاع المكره ما هدد به في الحال إذا لم يمتثل ، فإن لم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه .

٣ ـ أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على النفس تحمله . وهذا يختلف باختلاف الأشخاص ، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على حدة .

٤ ـ أن يكون المهدد به عاجلاً : فلو كان آجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه ؛ لأن بالتأجيل يتمكن المستكره من الاحتماء بالسلطات العامة .

---

(١) تحفة الطلاب للأنصاري : ص٢٧٢ .

وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة . وقال المالكية : لا يشترط أن يكون المهدد عاجلاً ، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً .

٥ ـ أن يكون الإكراه بغير حق ، أي لا يكون مشروعاً : وهو ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع . فإن كان الإكراه بحق : وهو الذي يقصد منه تحقيق غرض مشروع ، فلا تأثير له على التصرفات أصلاً ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوه .

أثر الإكراه على التصرفات :

إذا وقع الإكراه على القيام بتصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والزواج فما أثر الإكراه عليه ؟ للفقهاء رأيان :

قال جمهور الفقهاء غير الحنفية[1] : إن الإكراه يؤثر في التصرفات فيجعلها باطلة ، سواء أكانت قابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها ، أم غير قابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليمين والرجعة ، فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من المستكره ، ولا يقع طلاق المكره ، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه ؛ لأن الإكراه يزيل الرضا ، والرضا أساس التصرفات .

وقال الحنفية[2] : يميز بين التصرفات المحتملة للفسخ ، والتصرفات غير المحتملة للفسخ . فإن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق ، فيصح مع الإكراه ويلزم ، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل ، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٣ ، المغني : ١١٨/٧ ، غاية المنتهى : ٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص٢٤٦ ، المحلى : ٣٨٠/٨ ، ٣٨٣ ومابعدها .

(٢) البدائع : ١٨٢/٧ ومابعدها ، ١٨٦ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٣/٧ ، ٣٠٣ ، تبيين الحقائق : ١٨٢/٥ ، ١٨٨ ، الدر المختار : ٨٩/٥ ومابعدها ، ٩٦ ، الكتاب مع اللباب : ١٠٨/٤ ، مجمع الضمانات : ص٢٠٦ .

الصحيح للتصرف فيهما . وذلك بدليل الحديث النبوي : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »[1] وروي عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكرَه .

وإن كان التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والاجارة والهبة فلا يصح مع الإكراه . ويكون العقد فاسداً عند جمهور الحنفية (أبي حنيفة وصاحبيه) أي أنه إذا زال الإكراه وأصر المستكره على العقد مع الطرف الآخر ورضي به صار صحيحاً ، فيكون للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه .

وقال زفر من الحنفية والمالكية : يعتبر تصرف المستكره موقوفاً على إجازته عند زوال الإكراه عنه ، كتصرف الفضولي . وبما أن هذا التصرف ينفذ ويلزم بالإجازة ، فهذا دليل على كون التصرف موقوفاً لا فاسداً ، لأن التصرف الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة .

وهذا ينبئ أن رأي زفر أوجه وأقوى وأصح ؛ لأن جمهور الحنفية : قالوا : إن تصرف المستكره يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه ، فلو كان فاسداً لما صحت إجازته ، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه شرعاً ، ويملك الشيء المعقود عليه بالقبض ، وهذا لا ينطبق على عقد المستكره . هذا .. وقد نص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٨ ، ١٢٩) على أن الإكراه يجعل العقد قابلاً للإبطال أي كما قال زفر من الحنفية .

٢ ـ الغلط :

المراد به هنا هو الغلط الواقع في المعقود عليه ، في جنسه أو في وصفه . والغلط في ذات أو جنس المعقود عليه : هو أن يظن العاقد أن المعقود عليه من جنس معين ،

---

(١) ذكر البخاري من قول علي : « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » وأما الحديث المذكور فهو غريب كما قال الزيلعي (نيل الأوطار : ٢٣٥/٦ ، نصب الراية : ٢٢١/٣) .

فإذا به من جنس آخر ، كأن يشتري شخص حلياً على أنها ذهب أو ماس ، ثم يتبين أنها من النحاس ، أو الزجاج . أو يشتري حنطة فإذا هو شعير ، أو صوفاً فإذا هو قطن ، أو يشتري داراً على أنها مبنية بالإسمنت المسلح ، فإذا هي مبنية باللبن .

وحكم هذا العقد المشتمل على غلط في جنس المعقود عليه : أنه باطل من أساسه ، لفوات محل العقد الذي يريده المشتري فيكون عقداً على معدوم ، والعقد على المعدوم باطل[1] .

ويلحق به حالة اتحاد الجنس مع الاختلاف الكبير أو الفاحش في القيمة كشراء سيارة من جنس معين ومصنوع في عام معين ، فإذا هي صنع أعوام غابرة .

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه : فهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد ، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة . كأن يشتري شيئاً بلون أسود ، فإذا هو كحلي أو رمادي ، أو شاة على أنها حلوب ، فإذا هي غير حلوب ، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو لمؤلف آخر ، أو حقيبة على أنها من جلد فإذا هي من الكرتون المضغوط أو غيره .

وحكم العقد المشتمل على غلط في الوصف : هو أنه غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه ، أي أن له الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه ، لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا . وهذا إذا كان العقد **قابلاً للفسخ** كعقود المعاوضات المالية ونحوها .

ويلحق به الغلط في شخص العاقد ، كالتعاقد مع طبيب مشهور فإذا هو غيره ، يجعل العقد غير لازم .

---

(١) تبيين الحقائق : ٥٢/٤ وما بعدها .

أما **العقود التي لا تقبل الفسخ** كالزواج ، فإنه يقع العقد عند الحنفية لازماً أي لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب .

وقال الإمام أحمد[1] : يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج أيضاً ، كمن يتزوج امرأة جميلة فيظهر أنها دميمة ، أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة ، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب فيثبت للزوج حق الفسخ ، ولا مهر للمرأة إن حدث الفسخ قبل الدخول ، أو بعد الدخول ، وكان التغرير من المرأة نفسها . فإن كان التغرير من غيرها رجع الزوج على ذلك الغير بما دفعه للمرأة .

أما القانون المدني السوري فقد نص على حالة الغلط في المواد (١٢١ ـ ١٢٥) وجعل العقد قابلاً للإبطال سواء أكان الغلط في جنس المعقود عليه أم في الوصف المرغوب فيه ، فالجزاء واحد في الحالتين ، خلافاً لما قرره الفقهاء .

هذا ... ولا عبرة في الفقه للغلط الباطني ، كأن يشتري سواراً على ظن أنه ذهب ، فإذا هو نحاس ؛ لأن العبرة في العقود للإرادة الظاهرة ، كما لا عبرة للغلط في الحكم الشرعي كأن يبيع حصته من الميراث على أنها الربع فإذا هي النصف ، إذ لا عذر بالجهل بأحكام الشريعة .

٣ ـ التدليس أو التغرير :

التدليس أو التغرير : هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك . وهو أنواع كثيرة منها : التدليس الفعلي ، والتدليس القولي ، والتدليس بكتمان الحقيقة .

أما التدليس الفعلي : فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع ، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام .

---

(١) المغني : ٦/٥٢٦ وما بعدها .

كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع ، بوضع الجيد في الأعلى ، وطلاء الأثاث والمفروشات القديمة ، والسيارات ، لتظهر أنها حديثة ، والتلاعب بعداد السيارة ، لتظهر بأنها قليلة الاستعمال .

ومن أشهر أمثلته **الشاة المصراة :** وهي التي يحبس اللبن في ضرعها بربط الثدي ، مدة يومين أو ثلاثة ليجتمع لبنها ويمتلئ ، إيهاماً للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها .

وحكم التصرية عند جمهور الفقهاء غير الحنفية[1] : ثبوت الخيار للمدلس عليه بين أمرين : إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن ، أو رده لصاحبه ، لقوله ﷺ : « لا تصروا[2] الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ، ورد معها صاعاً من تمر »[3] . وهذا هو الرأي الراجح .

وقال الحنفية[4] : ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع ، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشترى . ولم يأخذوا بالحديث السابق لمخالفته القياس : وهو أن ضمان العدوان يكون إما بالمثل أو القيمة ، والتمر ليس منهما .

وأما التدليس القولي : فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل

---

(١) القوانين الفقهية : ص٢٦٤ ، بداية المجتهد : ٢/١٧٤ ، نهاية المحتاج : ٣/١٣٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/٦٣ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢/٣٤ .

(٢) التصرية : حبس اللبن في الثدي مدة معينة لإيهام المشتري بأن الشاة ونحوها غزيرة اللبن .

(٣) نيل الأوطار : ٥/٢١٤ ، ط العثمانية . والصاع : ٢٧٥١ غم . والحكمة من رد الصاع من التمر : هو التعويض عن اللبن الذي أخذه المشتري لإنهاء النزاع بين العاقدين ، وقدر بالصاع لعدم معرفة مقدار اللبن الذي يجب ضمانه للبائع بسبب اختلاط الموجود قبل القبض بالطارئ بعد القبض ، وقدر بالتمر لأنه غالب قوت البلد في الماضي ، فإن لم يكن هو الغالب كان الواجب صاعاً من غالب قوت البلد . والحديث متفق عليه عن أبي هريرة .

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٤/١٠١ ، ط البابي الحلبي .

لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن ، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر : هذا الشيء يساوي أكثر ، ولا مثيل له في السوق ، أو دفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل . ونحو ذلك من المغريات الكاذبة .

وحكم هذا النوع : أنه منهي عنه شرعاً ؛ لأنه غش وخداع ، ولكن لا يؤثر في العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين ، فيجوز حينئذ للمغبون إبطال العقد ، دفعاً للضرر عنه أي أنه يثبت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التغرير ، كما سنبين في عيب الغبن .

وأما التدليس بكتمان الحقيقة ، وهي الصورة المشهورة في الفقه باسم « التدليس » : فهو إخفاء عيب في أحد العوضين ، كأن يكتم البائع عيباً في المبيع ، كتصدع في جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص ، وكسر في محرك السيارة ، ومرض في الدابة المبيعة ، أو يكتم المشتري عيباً في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل ، أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها .

وحكم هذا النوع : أنه حرام شرعاً باتفاق الفقهاء[1] ، لقول النبي ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب ، إلا بينه له » وقوله عليه السلام : « من غشنا فليس منا »[2] . ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف **بخيار العيب** : وهو إعطاؤه حق الخيار : إن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه . كما سنبين في بحث الخيارات .

ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين ، أو من شخص آخر أجنبي عنهما كالدلال ونحوه إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين[3] .

---

(١) قال في الدر المختار: ١٠٣/٤ : « لا يحل كتمان العيب في مبيع أو ثمن لأن الغش حرام » .

(٢) الحديث الأول رواه ابن ماجه عن عتبة بن عامر، والحديث الثاني رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢١٢/٥) .

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ١٦٧/٤ ، ط البابي الحلبي .

وقد نص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٦ ، ١٢٧) على التدليس من أحد المتعاقدين أو من غير المتعاقدين ، وجعل التدليس موجباً لخيار المدلس عليه وإعطائه الحق في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستخدمة من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . وكان العاقد صاحب المصلحة في حالة التدليس من غير العاقدين يعلم بالتدليس أو من المفروض أن يعلم . وهذا إجمالاً يتفق مع الفقه الإسلامي كما بينا .

٤ ـ الغبن مع التغرير :

الغبن لغة : النقص . والتغرير : الخداع . وعند الفقهاء : الغبن : أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر ، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها . والتغرير : إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية ، وعرفته المجلة (م ١٦٤) بأنه وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية .

والغبن نوعان : يسير وفاحش[١] .

أما الغبن اليسير : فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء وذلك في حدود ١٠٪ مثلاً ، كشراء شيء بمئة ، ثم يقدره خبير بتسعين أو بخمس وتسعين مثلاً .

وأما الغبن الفاحش : فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء . وقدرته المجلة (م ١٦٥) عملاً برأي نصر بن يحيى بأنه نصف العشر في العروض التجارية ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة .

أثر الغبن في العقد :

الغبن اليسير : لا أثر له على العقد فلا يجيز الفسخ ؛ لأنه يصعب الاحترازعنه ،

---

(١) البدائع : ٣٠/٦ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٦٦/٤ .

ويكثر وقوعه في الحياة العملية ، ويتسامح الناس فيه عادة . واستثنى الحنفية حالات ثلاثة يجوز فيها فسخ العقد بسبب الغبن اليسير للتهمة وهي :

١ ـ تصرف المدين المحجور عليه بسبب دين مستغرق : فإذا باع شيئاً من ماله ، أو اشترى ولو بغبن يسير ، كان للدائنين حق فسخ العقد إلا إذا رضي العاقد الآخر برفع الغبن ؛ لأن تصرف المدين موقوف على إجازة الدائنين ، فإن أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوه بطل .

٢ ـ تصرف المريض مرض الموت : إذا باع أو اشترى بغبن يسير جاز للدائنين أو للورثة بعد الموت طلب فسخ التصرف ، إلا إذا رضي المتعاقد الآخر برفع الغبن .

٣ ـ بيع الوصي شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له كابنه وزوجته ، فينقض العقد .

وأما الغبن الفاحش : فيؤثر في رضا العاقد فيزيله ، ولكن هل له الحق في فسخ العقد ؟ للفقهاء في ذلك آراء ثلاثة :

الرأي الأول للحنفية(١) : ليس للغبن الفاحش وحده في ظاهر الرواية أثر على العقد ، فلا يجيز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغرير (أي وصف المبيع بغير حقيقته) من أحد العاقدين أو من شخص آخر كالدلال ونحوه وهذا ما أخذت به المجلة (م ٣٥٧) ؛ لأن الغبن المجرد عن كل خديعة يدل على تقصير المغبون وعدم ترويه وسؤاله أهل الخبرة ولا يدل على مكر العاقد الآخر ، ولكل إنسان طلب المنفعة مالم يضر الجماعة ، كما في حالة الاحتكار . فإذا انضم إليه تغرير كان المغبون معذوراً ؛ لأن الرضا بالعقد كان على أساس عدم الغبن ، فإذا ظهر الغبن لم يتوافر الرضا .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ١٦٦/٤ ومابعدها.

واستثنى الحنفية حالات ثلاثة يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير: وهي:

أموال بيت المال. وأموال الوقف. وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر أو الجنون أو السفه، فإذا بيع شيء من ذلك بغبن فاحش ولو من غير تغرير، نقض البيع (م / ٣٥٦ مجلة).

الرأي الثاني ـ للحنابلة:[١] يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان بتغرير أم بغير تغرير، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات ثلاث هي:

أ ـ تلقي الركبان: وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون متاعاً إلى بلد، فيشتريه منهم، قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر. وهو حرام ومعصية، ويثبت لهم حق الفسخ إذا غبنوا غبناً فاحشاً، لقوله ﷺ: « لا تلقوا الركبان »[٢]. وهذا رأي الشافعية أيضاً[٣]، لثبوت الخيار فيه بنص الحديث.

ب ـ النَّجْش: وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع، لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره. فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء. وليس له الخيار في الأصح عند الشافعية[٤].

ج ـ المسترسل: وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء، ولا يحسن المساومة والفصال ويشتري مطمئناً إلى أمانة البائع، ثم يتبين أنه غبن غبناً فاحشاً، فيثبت له الخيار بفسخ البيع.

---

(١) غاية المنتهى: ٣٣/٢، المغني: ٢١٢/٤، ٢١٨ وما بعدها.

(٢) عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال، قال رسول الله ﷺ: « لا تلَقّوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد »، « قلت لابن عباس: ما قوله، ولا يبيع حاضر لباد؟ » قال لا يكون له سمساراً. متفق عليه واللفظ للبخاري (سبل السلام: ٢٠/٣ وما بعدها).

(٣) مغني المحتاج: ٣٦/٢، المهذب: ٢٩٢/١.

(٤) مغني المحتاج: ٣٧/٢، المهذب: ٢٩١/١.

وقال المالكية : هذه البيوع الثلاثة صحيحة ولكنها حرام للنهي الثابت في السنة عنها شرعاً ، ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره[1] .

الرأي الثالث ـ للشافعية[2] : لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغرير أم لا ؛ لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً ، فلو سأل أهل الخبرة ، لما وقع في الغبن .

والقانون المدني السوري نص في المادة (١٣٠) على حالة خاصة من حالات الغبن وهي الغبن الاستغلالي : وهي حالة انعدام تعادل الأداءات المتقابلة الذي دفع إلى وجوده وجود طيش بيّن (خفة ظاهرة) أو هوى جامح (الولع الشديد بشيء لا قبل له بدفعه) عند أحد المتعاقدين واستغلال المتعاقد لتلك الحالة النفسية . وقدر الغبن في بيع العقار في المادة (٣٩٣ / ١) بما زاد على الخمس . وجعل جزاءه قابلية العقد للإبطال لطلب المغبون برفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد . وكل قابل للإبطال (البطلان النسبي) يقبل الإجازة ممن تقرر الإبطال لمصلحته .

المبحث الثالث ـ شروط العقد :

عرفنا فيما مضى عناصر العقد الأساسية الأربعة : وهي صيغة التعاقد ، والعاقدان ، والمحل المعقود عليه ، وموضوع العقد أو المقصد الأصلي للعقد .

ويتطلب العقد بالإضافة لعناصره توافر أربعة أنواع من الشروط وهي : شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم .

---

(١) القوانين الفقهية : ص٢٦٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٧/٣ ـ ٧٠ ، الشرح الصغير : ٨٧/٣ . أما النهي عن تلقي الركبان فهو عند البخاري ومسلم كما تقدم ، وأما النهي عن النجش فهو عند أحمد والشيخين عن ابن عمر : « نهى النبي ﷺ عن النَّجْش » .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦/٢ .

والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة.

والمراد بالشرط: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته[1]، كالطهارة للصلاة شرط فيها وهي أمر خارج عن الحقيقة، وحضور الشاهدين في الزواج شرط فيه، وتعيين العوضين في البيع أو قابلية المبيع للتمليك شرط فيه، والقدرة على تسليم المبيع أو أهلية العاقد شرط في البيع؛ لأن كلاً منها ليس من أجزاء العقد[2].

ويقسم الفقهاء الشروط بحسب مصدرها إلى شرط شرعي وشرط جعلي.

فالشرط الشرعي: هو الذي يفرضه الشرع، فيصبح لا بد منه لتحقق العقد، ولا يوجد إلا به. وهذا محل بحثنا هنا، كاشتراط أهلية العاقد لانعقاد العقد.

والشرط الجعلي[3]: هو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصداً خاصاً في العقد، فيجعل مقترناً بالعقد، أو معلقاً عليه كتعليق الكفالة والطلاق، مثل إن سافر مدينك اليوم فأنا كفيل بدينك، وإن فعلت (مخاطباً زوجته) كذا فأنت طالق، وكسائر القيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما.

وقد بحثنا ذلك في بحث حرية العاقد في الشروط.

أـ شرائط الانعقاد: هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقداً شرعاً وإلا كان باطلاً. وهي نوعان: عامة وخاصة.

---

(١) أما الركن كما عرفنا: فهو عند الحنفية ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته. كالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، والقراءة في الصلاة ركن؛ لأنه جزء من حقيقة الصلاة. والإيجاب والقبول في العقد ركنان لأنها جزءان من حقيقة العقد.

(٢) مرآة الأصول لمنلا خسرو: ٢/٣٣٩.

(٣) سمي جعلياً: لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جعله شرطاً قيد به العقد أو علقت عليه في أمر كان له الخيار في تنجيزه وتعليقه.

فالشرائط العامة : هي التي يجب توافرها في كل عقد .

والشرائط الخاصة : هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها . كاشتراط الشهود في عقد الزواج ، فلا ينعقد الزواج إلا بحضور الشاهدين ، وإلا كان باطلاً .

وكاشتراط التسليم في العقود العينية (وهي الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) فلا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد وإلا كان باطلاً .

وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة والإبراء ، فإن التعليق يبطلها . والشرائط العامة للانعقاد : هي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد ، وفي المحل المعقود عليه ، وألا يكون العقد ممنوعاً شرعاً ، وأن يكون العقد مفيداً .

أما شروط الصيغة والعاقد ومحل العقد فقد بيناها سابقاً فلا داعي لتكرارها هنا .

وأما كون **العقد غير ممنوع شرعاً** : فهو ألا يوجد نص شرعي يقتضي بطلانه ، مثل التبرع من مال الصغير القاصر أو بيع شيء من ماله بغبن فاحش ، فلا تنعقد الهبة من مال القاصر من أي واحد ، سواء الولي أو من نفس الصغير ، ويكون العقد باطلاً ، حتى ولو أجازه الصغير بعد بلوغه ؛ لأن الباطل لا يقبل الإجازة . ومثل الاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم أو بيع المخدرات والمسكرات . ومثل بيع الغرر (أي غرر الوجود) وهو بيع الشيء المحتمل للوجود والعدم أي أن المعقود عليه هو المحتمل للوجود والعدم كبيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر ، واللؤلؤ في الصدف ، والحمل في البطن ، والسمك في الماء ، والطير في الهواء قبل صيدهما . ومنه بيع ضربة القانص (وهو أن يقول البائع : بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا) ، وضربة الغائص (وهو أن يقول البائع : أغوص غوصة ، فما

أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا) .

ومنه بيع المضامين (ما في أصلاب الذكور) والملاقيح (ما في بطون الإناث) وبيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحصاة أو الحجر : وهي أن المشتري أو البائع إذا لمس المبيع أو نبذه البائع للمشتري ، أو ألقى المشتري عليه حصاة أو حجراً ، فقد لزم العقد ، فالمبيع في هذه الأحوال مجهول الذات أو المقدار ، وقد ثبت النهي عنها كما تقدم ، وكانت بيوعاً متعارفة في الجاهلية ، فهي باطلة أي أن غرر الوجود مبطل للبيع .

والخلاصة : أن المنع الشرعي[١] قد يكون بسبب طريقة العقد كبيع الغرر ، أو بسبب محل العقد كبيع المخدرات والاستئجار على فعل المعاصي ، أو بسبب موضوع العقد كهبة مال القاصر ، والتعامل بالذهب في سوريا ومصر[٢] .

وأما كون العقد مفيداً[٣] : فهو أن يحقق مصلحة معقولة . فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كالوديعة ؛ لأن المرهون به يجب أن يكون مضموناً[٤] ؛ لأن قبض الرهن مضمون ، فلا بد أن يقابله مضمون ، والوديعة ونحوها أمانة غير مضمونة . ولا يصح التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً ؛ لأن ذلك مصادم لمبدأ حرية الإنسان الاقتصادية ، وحماية هذه الحرية من النظام العام في الإسلام .

كما لا يصح التعاقد أيضاً على أمر واجب على الإنسان شرعاً ، كالاتفاق على الامتناع من فعل جريمة ، والاستئجار على فعل الواجبات الدينية كالصلاة ومجرد

---

(١) يلاحظ أن النهي أو المنع الشرعي عند الحنفية قد يكون أثره البطلان أو عدم الانعقاد وقد يكون أثره الفساد أي الانعقاد مع الخلل الفرعي .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٦٧ .

(٣) المرجع السابق : ف ١٦٩ .

(٤) الأمانة : هي التي لا تضمن إذا تلفت (أي لا يدفع بدلها) إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ . والمضمون : هو الذي يضمن إذا تلف لأي سبب كان التلف .

قراءة القرآن[1] ، واستئجار الزوجة على القيام بأعمال المنزل أو على إرضاع طفلها ؛ لأن ذلك واجب عليها ديانة .

ب ـ شرائط الصحة :

وهي ما يشترط شرعاً لترتيب آثار العقد ، فإن فقدت كان العقد فاسداً ، أي مختلاً اختلالاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية ، مع كونه منعقداً موجوداً في حد ذاته .

وأغلب شرائط الصحة خاص بكل عقد على حدة . ففي البيع مثلاً يشترط عند الحنفية خلوه من أحد العيوب الستة الآتية وهي : الجهالة ، والإكراه ، والتوقيت ، والغرر (غرر الوصف) ، والضرر ، والشرط الفاسد[2] .

أما **الجهالة** : فهي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله ، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة . وهي أربعة أنواع : جهالة المبيع أو الثمن جنساً أو نوعاً أو قدراً ، وجهالة أجل وفاء الثمن ، أو مدة خيار الشرط ، وجهالة وسائل التوثيق كتقديم كفيل أو رهن مجهولين .

وأما **الإكراه** بنوعيه الملجىء والناقص فيفسد العقد عند جمهور الحنفية ، ويجعل العقد موقوفاً عند زفر ، على التفصيل الذي ذكرناه .

وأما **التوقيت** : فهو تأقيت البيع بمدة شهر أو سنة ، فيفسد ؛ لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت . كذلك يفسد الزواج في حال تأقيته بمدة معينة ؛ لأنه مشروع بصفة التأبيد .

---

(١) لكن أفتى متأخرو الفقهاء من الحنفية ، والمالكية والشافعية بجواز أخذ الأجرة على ممارسة الشعائر الدينية مثل الأذان والإقامة والإمامة في صلاة الجمعة والجماعة ، وعلى تعليم القرآن للضرورة خشية ألا يقوم بها أحد فتتعطل (تبيين الحقائق : ١٢٤/٥ ، البدائع : ١٩١/٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٢١/١ ، مغني المحتاج : ٣٤٤/٢ ، المهذب : ٣٩٨/١) .

(٢) رد المحتار : ٦/٤ ، فتح القدير ٢١٩/٥ ، البدائع : ١٨٨/٧ .

وأما **غرر الوصف**: فهو كبيع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً، فهو بيع فاسد؛ لأن المقدار المذكور من الحليب موهوم التحقق، فقد ينقص. وأما غرر الوجود: وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، فيجعل البيع باطلاً كما بينا.

وأما **الضرر**: فهو كبيع جذع معين من سقف مبني لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما حول الجذع، وكبيع ذراع من ثوب يضره التبعيض.

وأما الشرط الفاسد عند الحنفية(١) فهو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين، ولم يتعارفه الناس كبيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع، أو دار على أن يسكنها مدة معينة، أو كبيع بشرط إقراض مبلغ من المال. وحكمه أنه يفسد البيع ونحوه من المعاوضات المالية، ولا يؤثر في غيرها كما بينا سابقاً في بحث حرية الاشتراط.

كذلك يشترط في البيع المماثلة في الكمية بين البدلين والتقابض في العوضين في مبادلة الأموال الربوية بجنسها كالنقدين (الذهب والفضة) والحبوب من حنطة وشعير ونحوهما.

ويشترط أيضاً قبض المبيع المنقول قبل التصرف به من المشتري لشخص آخر.

ج ـ شرائط النفاذ:

يشترط لنفاذ العقد شرطان(٢):

أولاً ـ الملك أو الولاية. **أما الملك**: فهو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، أي أن المالك له حرية التصرف

---

(١) الدر المختار: ١٢٧/٤.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٦/٤، ١٠٤ البدائع: ١٥٥/٥.

والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الطفولة أو عدم التمييز.

وأما الولاية : فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ ، وهي إما أصلية : وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه . أو نيابية : وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية ، إما بإنابة المالك كالوكيل ، أو بإنابة الشارع كالأولياء (الأب أو الجد) والأوصياء (وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي) .

ويترتب على هذا الشرط أن محل العقد ينبغي أن يكون مملوكاً للعاقد ، فإن لم يكن مملوكاً له بأن كان فضولياً ، كان العقد غير نافذ أو موقوفاً على إجازة المالك .

وقد اعتبر الشافعي وأحمد الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد ، فتعتبر تصرفات الفضولي باطلة . كما بحثنا سابقاً .

ثانياً ـ ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد : فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه[1] .

١ ـ أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه ، كبيع ملك الغير وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله ، يكون موقوفاً على إجازة الورثة .

٢ ـ أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه ، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم ، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ، فلو أتى المدين بمال آخر يفيهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم .

٣ ـ أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه ، لا بمحله المعقود عليه ، كتصرف

---

(١) الدر المختار: ١٤٦/٤ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف١٩٤/٤ .

ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجراً شرعياً بسبب الصغر كالمميز، أو حجراً قضائياً بسبب السفه أو الدين المستغرق (المحيط بكل ماله) .

فناقص الأهلية لا يملك التصرف في أمواله ، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة وليه الشرعي من أب أو جد أو وصي . فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وكما أن حق الغير (أي غير العاقدين) مانع من نفاذ التصرف ، هناك مانع آخر من النفاذ وهو الإكراه .

د ـ شرائط اللزوم : الأصل في العقود اللزوم ، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد ، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع[1] . فإن وجد في العقد خيار كخيار الشرط أو خيار العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، كما سنبين في بحث الخيارات . ويسمى العقد المشتمل على الخيار غير لازم .

المبحث الرابع ـ آثار العقد :

لكل عقد أثر خاص وأثر عام[2] :

فالأثر الخاص : هو حكم العقد ، وحكم العقد : هو الأثر الأصلي (أو النوعي) للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة ، وتملك المنفعة في عقد الإيجار والإعارة ، وحل المتعة الزوجية في عقد الزواج ، وحق احتباس المرهون في عقد الرهن ، وتفويض التصرف في عقد الوكالة ، ونحو ذلك .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٦/٤ .

(٢) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف١٩٣ ومابعدها .

ويقال للحكم الأصلي للعقد موضوع العقد كما بينا سابقاً في بحث السبب .

وبهذا يفترق الحكم الأصلي للعقد عن الالتزام . فالالتزام هو كون الشخص مكلفاً بفعل ، أو بامتناع عن فعل . مثال الأول : تسليم المبيع وأداء الثمن . ومثال الثاني : عدم التعدي على نفس أو مال الغير ، وعدم استعمال الوديعة .

ومصدر الالتزام قد يكون هو الشرع كالإنفاق على الأقارب ، وقد يكون مصدره العقد ، كالالتزام بدفع الأجرة أو الثمن ، وقد يكون مصدره غير العقد وهو الفعل الضار كضمان المتلفات .

وحكم العقد الأصلي يتحقق آلياً بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحاً ، فلا يحتاج إلى تنفيذ ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية للمشتري ، وهكذا سائر أحكام العقود .

أما الالتزام : فيحتاج إلى تنفيذ ؛ لأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر ، فملكية المبيع وإن انتقلت إلى المشتري بمجرد البيع ، لكن ذلك الأثر يحتاج إلى تنفيذ التزام البائع : وهو القيام بتسليم المبيع إلى المشتري .

والالتزامات قد يستلزمها العقد ذاته : وهي التي نظمها الشرع آثاراً للعقد المنشئ لها كالالتزام بتسليم المبيع وضمان العيب ، والالتزام بدفع الثمن أو الأجرة .

وقد يشترطها العاقد كاستعمال المبيع مدة بعد البيع ، وإيصال المبيع لبيت المشتري ، ودفع الأجرة سلفاً ، ونحو ذلك .

وأما **الأثر العام** : فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج . وللعقود أثران عامان هما : النفاذ ، والإلزام واللزوم .

والنفاذ : معناه ثبوت حكم العقد الأصلي والالتزامات منذ انعقاده ، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائجه المترتبة عليه تحدث فور انعقاد العقد ، فنفاذ عقد البيع مثلاً

معناه انتقال ملكية المبيع والثمن بمجرد انعقاده ، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين ، كتسليم المبيع وتسلم الثمن ، وضمان العيب إن ظهر فيه عيب .

ونفاذ عقد الزواج معناه : إحلال المتعة الزوجية بمجرد انعقاده ، وإيجاب الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد بينهما ، كالتزام الرجل بالنفقة ، ومسؤولية المرأة عن الطاعة المشروعة .

والنفاذ يقابله التوقف ، فيقال : عقد نافذ وعكسه موقوف .

وأهم أنواع العقد الموقوف سبعة هي :

عقد المكره ، وعقد المميز ، وعقد السفيه المحجور عليه ، وعقد المدين بدين مستغرق ، وتبرع المريض مرض الموت ، وعقد الفضولي ، وتصرف المرتد عن الإسلام فإن عقوده في حال ردته موقوفة عند أبي حنيفة ، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالتحاقه بطلت .

والإلزام : معناه العام لغة هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ومعناه الخاص فقهاً : هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين ، كما في البيع ، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين ، كما في الوعد بجائزة ، وهذا من آثار العقد .

وبهذا يختلف الإلزام عن اللزوم . **فاللزوم :** هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي ، والتراضي على فسخ العقد يسمى **إقالة .**

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد . وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه القضاء .

وعند الشافعية والحنابلة : لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس

العقد، بتفرق العاقدين بأبدانهما، عملاً بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية، على ما سنبين في بحث الخيارات.

المبحث الخامس ـ تصنيف العقود:

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشرع له وعدم إقراره، أو بالنظر إلى كون العقود مسماة أو غير مسماة، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه، أو لكون العقد عينياً أو غير عيني، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله.

التقسيم الأول ـ بحسب وصف العقد شرعاً:

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى **صحيح** تترتب عليه آثاره، **وغير صحيح** لا تترتب عليه آثاره.

أ ـ العقد الصحيح:

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشرائطه الشرعية. فيصبح سبباً صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه. ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه[1].

وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والثمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار.

---

(١) أصل العقد أي ركنه (الإيجاب والقبول) وعاقداه ومحله. ووصف العقد: هو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد، أو كون المبيع غير مقدور التسليم، وكالثمنية فإنها صفة تابعة للعقد.

ب ـ العقد غير الصحيح :

هو ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه . وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ، وكبيع فاقد الأهلية . ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : الباطل والفاسد ، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفاسد . فلكل واحد معنى مختلف عن الآخر ، وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة .

أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، والعبادات ، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها ، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور :

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم راجع لقضية أصولية : وهي فهم أثر النهي الصادر عن الشرع ، كالنهي عن شراء السمك في الماء ، فإنه غرر ، وعن بيعتين في بيعة ، وكتحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك . فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً أم أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً ؟

ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم ؟

قال جمهور الفقهاء[1] : إن نهي الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه . ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور ، لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المتقدم : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » .

وعليه إذا حدث عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر ؛ لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود ، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف .

وقال الحنفية[2] : قد يكون نهي الشارع عن عقد : معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله ، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه ، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له ، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه استكمل عناصره الأساسية ، فيكون العقد فاسداً فقط .

فالبيع الصادر عن عديم الأهلية ، وبيع غير المال كالميتة ، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسمك في الماء باطل ؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد . والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد ؛ لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه .

وإذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير ملازم له وليس شرطاً فيه ، كان

---

(١) بداية المجتهد : ٢/١٦٦ ، المستصفى : ١/٦١ ، الإحكام للآمدي : ١/٦٨ ، شرح جمع الجوامع للمحلي : ١/٨٠ ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ٦٩ ، الإبهاج : ١/٤٤ .

(٢) مرآة الأصول : ٢/٢٨٩ ، كشف الأسرار : ص ٢٥٨ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/١٠٤ .

مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة .

وعلى هذا فإن غير الصحيح عند الحنفية نوعان : باطل وفاسد .

أما العقد الباطل : فهو ما اختل ركنه أو محله ، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، كالمجنون وغير المميز، والمميز فيما يضره ضرراً محضاً ، أو أن تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً ، كبيع ما ليس بمال ، أو ما ليس مالاً متقوماً كالخمر والخنزير والسمك في الماء ، وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو من مشفى أو مسجد ، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلاً كالميتة[1] ، أو الشيء المباح . وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها ، أو المتزوجة بزوج آخر ، فكل هذه العقود باطلة .

وحكم الباطل : أنه لا يعد منعقداً أصلاً ، وإن وجدت صورته في الظاهر ، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي ، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً ، إذ لا يعد موجوداً بحال .

وأما العقد الفاسد[2] : فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، أي كان صادراً ممن هو أهل له ، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً ، والصيغة سليمة ، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه شرعاً ، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع ، مثل بيع دار من

---

(١) إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل كبيع الخمر والخنزير والميتة والدم، وإن كان الفساد يرجع للثمن : فإن كان الثمن مالاً عند بعض الناس كالخمر والخنزير فالبيع فاسد، وإن كان الثمن ليس مالاً أصلاً كالميتة والدم فالبيع باطل.

(٢) الفساد مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة ، وليس له نظير في القوانين. أما البطلان المطلق فيقابل البطلان عند الشرعيين ، وأما البطلان النسبي فيقابل العقد الموقوف أحياناً وذلك في حال نقص الأهلية أو العقد غير اللازم أحياناً وذلك في حالات عيوب الرضا؛ لأن الباطل بطلاناً نسبياً صحيح إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة بإبطاله كالمدلس عليه. ويمكن لصاحب المصلحة إجازة الباطل نسبياً.
أما الفاسد في الفقه الحنفي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه، لأنه يحمي أحكام الشريعة. ولا يملك أحد إجازة الفاسد.

دور أو سيارة من سيارات دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة ، كبيع دار على أن يبيعه سيارته . وكبيع مال متقوم جعل ثمنه مالاً غير متقوم كخمر مثلاً ، وكبيع بقرة على أنها حامل .

وحكم الفاسد : ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة ، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع ، دون أن يعترض عليه .

والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً ، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك ، لأنه منهي عنه شرعاً . وإمكان الفسخ مشروط بشرطين :

أحدهما ـ بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك ، أو كان غزلاً فنسجه ، أو قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فخبزه ، امتنع الفسخ .

ثانيهما ـ عدم تعلق حق الغير به ، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له ، امتنع الفسخ .

العقد المكروه تحريماً :

العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه ، والفاسد منهي عنه لوصف ملازم له ، فإن كان النهي لوصف غير لازم ، أي مجاور للمنهي عنه ، فهو مكروه كراهة تحريمية عند الحنفية ، وحرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء .

ومن أهم هذه العقود المكروهة(١) أو المحرمة لما فيها من الضرر أو الغرر مع أنها صحيحة ما يأتي(٢) :

(١) المكروه تحريماً عند الحنفية : ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة . وهو إلى الحرام أقرب .

(٢) انظر أحكام هذه البيوع في المذاهب : عند الحنفية : فتح القدير : ٢٣٩/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦٧/٤ وما بعدها ، الدر المختار : ١٣٩/٤ ، وعند المالكية : بداية المجتهد : ١٦٤/٢ ـ ١٦٦ ، ١٦٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٩ ، ٢٦٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٧/٣ ـ ٧٠ ، وعند الشافعية : نهاية المحتاج : ٧٤/٢ ، مغني المحتاج : ٣٦/٢ وما بعدها ، تحفة الطلاب للأنصاري : ص ١٤٢ ، الباجوري على ابن قاسم : ٣٥٣/١ ، وعند الحنابلة : غاية المنتهى : ١٧/٢ ، ٣٣ ، المغني : ٢١٢/٤ ـ ٢١٨ .

١ - **بيع النَّجْش**: وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها. وهو حرام أو مكروه تحريماً، لنهي النبي ﷺ عن النجْش وقال: لا تناجشوا[١]. وقال الحنفية: لا يكره النجش إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحقة، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز ولا بأس به لأنه عون على العدالة.

وأما المزايدة أو البيع بالمزاد العلني: وهو أن ينادى على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، فهو بيع صحيح جائز لا ضرر فيه.

٢ - **تلقي الركبان أو الجلب**: وهو مبادرة بعض أهل المدينة أو البلد لتلقي الآتين إليها، فيشتري منهم مامعهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد. وهذا عند الحنفية مكروه تحريماً إن أضر بالأهالي، وإلا فلا يكره إذا لم يلبّس السعر على الواردين لأنه إن فعل هذا كان فيه تغرير بهم. وقد نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع أو أن يتلقى الجلب[٢].

٣ - **بيع الحاضر للبادي**: وهو ألا يبيع الواحد من أهل البلد (الحاضر) ماعنده من طعام ونحوه إلا لأهل البادية، طمعاً في زيادة الثمن، أو أن يتخصص شخص ببيع بضاعة الغريب على التدريج مع حاجة أهل البلد، بسعر أغلى، مع أن الغريب كان يريد البيع بسعر اليوم. وكراهة هذه البيوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر، وقد نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد[٣]. وقد أجاز المالكية فسخ هذا البيع، كالنجش.

---

(١) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النَّجْش» وأخرجا أيضاً عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا» (سبل السلام: ٣/ ١٨، ٢٢).

(٢) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عباس حديث «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» (سبل السلام: ٣/ ٢٠).

(٣) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر، وروى الجماعة إلا البخاري عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» (نيل الأوطار: ٥/ ١٦٤).

٤ ـ **البيع وقت النداء لصلاة الجمعة :** عند الجمهور من حين صعود الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة ، وعند الحنفية : من الأذان الأول . وهذا البيع صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية ، وصحيح حرام عند الشافعية ؛ لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ، وذروا البيع ﴾ ويلحق بالبيع عند غير الحنابلة سائر العقود لما فيها من شغل عن السعي إلى الجمعة . والنهي عنها لأمر خارج عن حقيقة العقد .

وعد المالكية[1] هذا البيع من البيوع الفاسدة ، وقالوا : إنه يفسخ على المشهور وقال عنه الحنابلة : لا يصح هذا البيع .

أنواع العقد الصحيح :

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى نافذ وموقوف :

فالنافذ : هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره ، كأغلب عقود الناس مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله ، أو الولي أو الوصي للقاصر ، أو الوكيل لموكله . وحكمه : أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره ، من غير توقف على إجازة أحد .

والموقوف : هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد ، من غير أن يكون له ولاية إصداره . كعقد الفضولي ، وعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع ، وحكمه : أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن الذي يملك إصداره ، فإن لم يجزه بطل العقد .

وهذا العقد عند الشافعية والحنابلة باطل .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي : ٢/ ٣٧٨ .

أنواع العقد النافذ :

ينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم

واللازم : هو ماليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة .

والأصل في العقود اللزوم ؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً لقوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ .

وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد صدور العقد من العاقدين . وعند الشافعية والحنابلة : لا يلزم العقد إلا بتفرق العاقدين بأبدانهما ، أو إذا تخايرا ، فاختارا لزومه ، عملاً بحديث خيار المجلس : «البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر» .

وغير اللازم أو الجائز كما يسميه بعض الفقهاء : هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر . إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع ، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار .

والعقودبالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع .

أ- عقود لازمة لا تقبل الفسخ : كالزواج لا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين بطريق الإقالة أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي . وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع[1] والتفريق القضائي لعدم الإنفاق أو للعيب أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو للحبس والاعتقال ونحو ذلك .

وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه .

---

(١) الطلاق ليس فسخاً للزواج، بل إنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره. والخلع: هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها. والطلاق أو الخلع أو التفريق ليست إلغاء للعقد، وإنما هي إنهاء بدليل بقاء حرمة المصاهرة وثبوت النسب بعد الإنهاء، فأم الزوجة مثلاً تبقى محرّمة على زوج ابنتها أبداً ولو طلق البنت.

ب ـ عقود لازمة تقبل الفسخ : أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين . وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها . وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً .

ج ـ عقود لازمة لأحد الطرفين : كالرهن والكفالة : فإنها لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل ، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن ، والمكفول له ؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق ، فلهما التنازل عنه .

د ـ عقود غير لازمة للطرفين : وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع ، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة ، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء . والوصية والهبة يصح للموصي والواهب الرجوع عنها ، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي ، وفي حال حياة الواهب .

التقسيم الثاني ـ بالنظر إلى التسمية وعدمها :

تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة :

أما **العقود المسماة :** فهي ما وضع الشرع لها اسماً خاصاً بها ، وبين أحكامها المترتبة عليها ، كالبيع والإجارة والشركة والهبة ، والكفالة والحوالة والوكالة والرهن ، والقرض والصلح ، والزواج والوصية ونحوها .

وأما **العقود غير المسماة :** فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع ، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها ، وإنما استحدثها الناس تبعاً للحاجة . وهي كثيرة لا تنحصر ، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح ، مثل عقد الاستصناع ، وبيع الوفاء ، وبيع الاستجرار ، والتحكير ، وأنواع

المقاولات ، أي التعهدات والالتزامات الحديثة ، وأنواع الشركات التي تمنح امتيـازات للتنقيب عن النفط والمعادن ، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات ونحوها .

أمـا الاستصنـاع : فهـو التعـاقـد على صنـع شيء معين[1] كالأحـذيـة والآنيـة والسيـارات والبواخر ، والمفروشـات ونحوهـا . وقـد تردد بين اعتبـار كـونـه بيعـاً أو إجارة أو وعداً ، ثم استقر على تسمية خاصة به .

وأمـا بيع الوفـاء : فهو أن يبيع المحتـاج إلى النقـود عقـاراً على أنـه متى وفى الثمن استرد العقار[2] . تردد بين كونه بيعاً أو رهناً ، ثم استقر على هذا الاسم الخاص به .

وبيع الاستجرار : هو ما يستجره الإنسان من البياع ، ثم يحاسبه على أثمانهـا بعـد استهلاكها[3] . تردد بين كونه بيعاً أو ضمان متلفات بإذن مـالكهـا عرفـاً ، واستقر على هذا الاسم تسهيلاً لأمر الناس ودفعاً للحرج .

والتحكير : هو الاتفاق على الانتفاع بأرض الوقف بـالبنـاء والغرس لقـاء أجرة معجلة تقارب قيمة الأرض ، وأجرة سنوية ضئيلة ، حددت في قانون الملكية العقاري السوري (باثنين ونصف في الألف) من قيمة الأرض المقـدرة رسميـاً لجبـايـة الضرائب العقارية[4] .

وقد عرفنا في بحث حرية التعاقـد : أن الرأي الغـالـب أو الراجح فقهـاً هو جواز إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة ، كما يقول الحنابلة وبخاصـة ابن تيميـة وابن القيم . أو من طريق القيـاس والاستحسـان والعرف والمصالح المرسلة وغيرها من أدلة التشريع كما يقول الحنفية والمالكية والشافعية .

---

(١) البدائع : ٥/ ٢ ، فتح القدير : ٥/ ٣٥٤ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ٥٠٤ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ٢٥٧ . وانظر المجلة في المواد (٣٩٦ ـ ٤٠٣) .

(٣) الدر المختار : ٤/ ١٣ .

(٤) رد المحتار : ٣/ ٤٢٨ ، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقـاء : ص ٤٠ ، المـدخل الفقهي للزرقـاء . حاشية ف ٢٩٥ .

التقسيم الثالث ـ بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه :

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبعة ، فقد تكون غاية العقد هي تمليك شيء ، أو الاستيثاق ، أو الحفظ ، أو التفويض ونحو ذلك .

١ ـ **التمليكات :** وهي ما يقصد بها تمليك شيء ، عين أو منفعة ، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود **المعاوضات** كالبيع والإجارة ، والصرف والصلح ، والقسمة ، والاستصناع ، والمزارعة والمساقاة ، والزواج ، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين .

وإن كان التمليك مجاناً بغير عوض فهي عقود **التبرعات** ، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحوالة الدين .

وقد يكون التبرع في ابتداء العقد كالقرض والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العوض ، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل ، فهي تبرع ابتداءً ، معاوضةٌ انتهاءً .

٢ ـ **الإسقاطات :** وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق ، سواء ببدل ، أم بدون بدل .

فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض ، كالطلاق المجرد عن المال ، والعفو عن القصاص ، والإبراء عن الدين ، والتنازل عن حق الشفعة .

وإن كان الإسقاط ببدل أو عوض من الطرف الآخر ، فهو إسقاط المعاوضة ، كالطلاق على مال ، والعفو عن القصاص بالدية .

٣ ـ **الإطلاقات :** وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل ، كالوكالة وتولية الولاة والقضاء ، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة ، والإيصاء : وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته .

٤ ـ **التقييدات :** وهي منع الشخص من التصرف ، كعزل الولاة والقضاة ، ونظار الوقف ، والأوصياء ، والقوام على المحجور عليهم ، والوكلاء . وحجر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر .

٥ ـ **التوثيقات :** (أو التأمينات أو عقود الضمان) : وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه ، وهي الكفالة والحوالة والرهن .

٦ ـ **الاشتراك :** وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح ، كعقود الشركات بأنواعها ، ومنها المضاربة : وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال ليتجر فيه على أن يشتركا في الربح ، والخسارة على رب العمل . ومنها المزارعة (تعهد الأرض بالعناية) والمساقاة (تعهد الأشجار بالسقي ونحوه) .

٧ ـ **الحفظ :** وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه ، كعقد الإيداع ، وبعض خصائص الوكالة .

التقسيم الرابع ـ بالنظر إلى العينية وعدمها :

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية .

فالعقد العيني : هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً . وهو يشمل عقوداً خمسة : هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض[1] . فهذه العقود لا بد لتمامها وترتب أثرها عليها من قبض المعقود عليه ؛ لأن هذه العقود ما عدا الرهن من التبرعات ، والتبرع إحسان ، فلا بد له من شيء يؤكده ، وهو القبض . وأما الرهن أي الرهن الحيازي فإنه شرع موصوفاً بالقبض في

(١) يشترط منعاً من الوقوع في الربا والاستغلال قبض كل من العوضين في مجلس العقد في مبادلة الأموال الربوية ببعضها (وهي عند الحنفية كل ما يباع كيلاً أو وزناً) كبيع النقود ببعضها وهو عقد الصرف، وكبيع الحنطة بالحنطة أو الحنطة بالشعير. ويشترط أيضاً قبض الثمن (رأس مال السلم) في عقد السلم: وهو بيع آجل بعاجل كبيع المنتجات الزراعية قبل حصادها في الموسم، وذلك في مجلس العقد ذاته.

قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ والقبض عند الحنفية : يتم بالتخلية أي بأن يخلي المالك بين المعقود عليه والطرف الآخر، برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن الآخر من الحيازة والتصرف في الشيء[1] .

والعقد غير العيني : هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض . وهذا يشمل جميع العقود ما عدا العقود الخمسة السابقة .

التقسيم الخامس ـ باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله :

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة : هي منجز، ومضاف ، ومعلق .

١ ـ العقد المنجز : وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل . وحكمه : ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه المطلوبة فيه . مثل : بعتك هذه الأرض بكذا ، وقبل الآخر. يترتب على هذا البيع تحقق أثره عليه في الحال : وهو انتقال الملكية في العوضين .

والأصل في العقود التنجيز في الحال أي أن آثارها تترتب فور إنشائها ما عدا الوصية والإيصاء ، فلا يمكن بطبيعتها أن يكونا ناجزين ، لإضافتها حتماً لما بعد وفاة الموصي . أما الوصية : فهي تمليك مضاف لما بعد الموت بالتبرع بشيء لجهة أو شخص ما . وأما الإيصاء : فهو إقامة وصي على أبنائه القاصرين بعد وفاة الولي .

٢ ـ العقد المضاف للمستقبل : ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن

---

(١) البدائع : ٥/٢٤٤ . وقال المالكية والشافعية : قبض العقار كالأرض والدور يتم بالتخلية ، وقبض المنقول كالأمتعة والدواب يتم بحسب العرف الجاري بين الناس (الشرح الكبير للدردير: ٣/١٤٥ ، المجموع : ٩/٣٠١-٣٠٩ ، المهذب : ١/٢٦٣) وقال الحنابلة : قبض كل شيء بحسبه ،ويرجع فيه إلى العرف (المغني : ٤/١١١ وما بعدها) .

مستقبل . مثل : آجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم . أنت طالق غداً أو بعد أسبوع .

وحكمه : أنه ينعقد في الحال ، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه .

العقود بالنسبة للإضافة :

العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها ثلاثة أنواع :

أ ـ عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها : وهي الوصية والإيصاء كما أوضحنا ، سواء أكانت منجزة مثل : أوصيت بكذا للفقراء أو لمسجد البلدة ، أم معلقة مثل : إن نجحت في المشروع الفلاني فقد أوصيت بمبلغ كذا للمشفى الفلاني . فإذا تحقق النجاح ، لم يثبت حكم الوصية إلا بعد الوفاة .

ب ـ عقود لا تقبل الإضافة ، وإنما تكون دائماً ناجزة : وهي عقود تمليكات الأعيان ، كالبيع والهبة والصلح على مال والإبراء عن الدين . ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة ؛ لأنها تتطلب شرعاً ثبوت آثارها في الحال ، فإذا أضيفت للمستقبل تأخرت آثارها عنها ، وذلك ينافي أصل وضعها الشرعي . فالبيع يوجب نقل الملكية في الحال ، والزواج يفيد حل الاستمتاع حالاً ، فلا يصح تأخير الأثر عنها .

ج ـ عقود تصح منجزة ومضافة للمستقبل : فإذا كانت منجزة ترتب عليها أثرها في الحال ، وإن كانت مضافة تأخر أثرها إلى زمن الإضافة ، وهي[1] :

أولاً ـ العقود الواردة على المنافع : كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة .

ثانياً ـ الالتزامات أو التوثيقات : كالكفالة والحوالة .

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ١٣٤ .

ثالثاً ـ الإطلاقات : كالوكالة والقضاء والوظائف والإدارات والإذن بالتجارة .

رابعاً ـ الإسقاطات : كالطلاق والخلع من جانب الزوج ، والوقف .

٣ ـ العقد المعلق على شرط : هو ما صدر معلقاً وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط . مثل : إن سافرت فأنت وكيلي . إذا قدم فلان من الحجاز فقد بعتك الشيء الفلاني .

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه . أما المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال ، ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه .

العقود بالنسبة للتعليق عند الحنفية :

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى ثلاثة أنواع هي[١] :

أ ـ عقود لا تقبل التعليق وهي :

أولاً ـ التمليكات المالية ما عدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان كالبيع والإبراء ، أم على المنافع كالإجارة والإعارة ، بطريق المعاوضة أم بطريق التبرع كالهبة ؛ لا يصح تعليقها على شرط متردد بين الوجود والعدم ؛ لأن الملكية لا بد أن تكون مستقرة جازمة لا تردد فيها ، وإلا شابهت القمار .

ثانياً ـ المبادلات غير المالية : كالزواج والخلع لا يصح تعليقهما على شرط ، مثل : تزوجتك إن نجحت في شهادة كذا ، وخالعتك إن رضي أخي ؛ لأنه لا بد من تحقق أثرها في الحال .

ثالثاً ـ التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة .

---

(١) المرجع السابق ، الدر المختار : ٤/٢٧٧ ، فتح القدير : ٥/٤٠٤ .

رابعاً ـ الرهن والإقالة (فسخ العقد بالتراضي) : لا يصح تعليقها ، مثل : رهنتك هذه الدار إن رضي والدي . أقلتك من البيع إن وجدت مشترياً بثمن أعلى .

وقد عرفنا سابقاً في بحث حرية الاشتراط أن ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة قالا : يصح تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط ولا يمنع منها إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع .

ب ـ عقود يصح فيها التعليق بأي شرط ملائم أم غير ملائم وهي :

أولاً ـ الإسقاطات المحضة : كالطلاق والتنازل عن حق الشفعة .

ثانياً ـ الوكالة والوصية والإيصاء .

ثالثاً ـ الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين ، مثل : إن نجحت في الامتحان فلله علي صوم أسبوع أو لأتصدقن بمبلغ كذا . ووالله لأفعلن كذا إن انتصرنا على العدو .

ج ـ عقود يصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواه . وهي الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة .

والشرط الملائم : هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفاً أو شرعاً ، بأن يكون أساساً لوجوده ، أو سبباً لثبوت الحق ، مثل : إن أقرضت فلاناً فأنا كفيله ، إن لم أدفع دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان ، إن أحسنت التجارة فقد أذنت لك بها .

أما غير الملائم فمثل : إن نزل المطر فقد كفلت فلاناً ، أو أحلتك بدينك على فلان ، أو أذنت لك بالتجارة ، وإن نجح ابني في شهادة كذا فقد كفلتك . فمثل هذه الشروط غير المفيدة أو التي لا يظهر فيها غرض صحيح تعد نوعاً من العبث أو الهزل واللهو ، ولا تصح العقود مع الهزل .

المبحث السادس ـ الخيارات

عرفنا في المبحث السابق أن العقد اللازم : هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله .

ومعنى الخيار : أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه ، إن كان الخيار خيار شرط أو رؤية أو عيب . أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الخيار خيار تعيين .

والخيارات سبعة عشر ، سنجمل هنا الكلام عن ستة منها فقط ، هي خيار المجلس ، وخيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية . وقد شرعت الخيارات إما ضماناً لرضا العاقدين أو حفظاً لمصلحتهما ، أو دفعاً للضرر الذي قد يلحق أحد العاقدين ، فهي مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها .

ومصدر الخيارات : إما اتفاق العاقدين كخيار الشرط وخيار التعيين . وإما حكم الشرع ، كخيار العيب وخيار الرؤية . وقد يعتبر خيار العيب ثابتاً باشتراط المتعاقد ضمناً لا صراحة .

خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة :

خيار المجلس : هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد ، لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد .

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخيير . وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع بأنواعه وصلح المعاوضة والإجارة ؛ لأن الدليل المثبت له وهو الحديث ورد في البيع فيقاس عليه مافي معناه من عقود المعاوضات[1] .

---

(١) المجموع للنووي : ١٨٦/٩ ومابعدها ، ط العاصمة .

وقد انقسم الفقهاء في شأنه فريقين :

١ ـ فقال الحنفية والمالكية[1] : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا يثبت فيه خيار المجلس ؛ لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ والخيار مناف لذلك ، فإن الراجع عن العقد لم يف به ، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول ، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

ولم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم هذه الآيات القرآنية . وتأول الحنفية حديث خيار المجلس « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد . فالبيعان : معناه المتساومان قبل العقد ، إن شاءا عقدا البيع ، وإن شاءا لم يعقداه ، والمراد بالتفرق : هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان ، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، وللآخر الخيار ، إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رد ، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع .

ولكن يلاحظ أن هذا التأويل لا معنى له ؛ لأن كل عاقد قبل إبرام العقد حر في القبول وعدمه ، ويجعل (أي هذا التأويل) الحديث عديم الفائدة ، فلا حاجة للمشرع لإثبات مبدأ حرية الإنسان فيما يلتزم ، فهو أصل عام ، والأصل في كل إنسان عدم الالتزام . فإذا لم يقبل الذي وجه له الإيجاب لا يسمى ذلك تفرقاً وإنما اختلافاً .

وحديث خيار المجلس لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود ؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها ، ولا يعارض أيضاً آية ﴿ تجارة عن تراض ﴾ ؛ لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام التراضي .

---

(١) البدائع : ١٣٤/٥ ، فتح القدير : ٧٨/٥ ، بداية المجتهد : ١٦٩/٢ ومابعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٨١/٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٧٤ ، المنتقى على الموطأ : ٥٥/٥ .

٢ ـ وقال الشافعية والحنابلة المثبتون لخيار المجلس[1] : إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزاً أي غير لازم ، مادام المتعاقدان في مجلس العقد . ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ، ماداما مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانها ، أو يتخايرا . ويحدد طبيعة التفرق : العرف الشائع بين الناس في التعامل[2] ، وهذا هو خيار المجلس .

واستدلوا على مشروعيته بالحديث الصحيح الثابت برواية البخاري ومسلم وهو أنه ﷺ قال : « البيّعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر »[3] أي اختر اللزوم . وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانها ، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر ، أو قاما وتماشيا مسافة ، فهما على خيارهما ، كما قال النووي . والرجوع في التفرق إلى العادة ، فما عده الناس تفرقاً فهو تفرق ملزم للعقد ، ومالا فلا[4] .

خيار التعيين :

خيار التعيين[5] : هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد . فإذ عين الواحد صار محل العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة .

وهو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد نقل ملكية الأعيان كالبيع ، والهبة بعوض ، والقسمة ونحوها .

---

(١) مغني المحتاج : ٤٣/٢ ، ٤٥ ، المهذب : ٢٥٧/١ ، المغني : ٥٦٣/٣ ، المجموع : ١٩٦/٩ ، ط العاصمة .

(٢) قال الحنابلة والشافعية : يكون التفرق إما بالمشي أو بالصعود أو بالنزول ، أو بالخروج من المكان (غاية المنتهى : ٣٠/٢ ، المجموع للنووي : ١٩٢/٩) .

(٣) سبل السلام : ٣٣/٣ ومابعدها . قال ابن رشد المالكي : وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها . وأثبت ابن حزم في المحلى تواتره أي رواية جمع غفير له .

(٤) أخذ على هذا الرأي كونه يزعزع من قوة العقد الملزمة ، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية (مصادر الحق للسنهوري : ٣٧/٢) .

(٥) راجع أحكام خيار التعيين في المواد (٣١٦ ـ ٣٢٩) من المجلة .

ولا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط ، على الرأي الراجح عند الحنفية .

وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته ، فمنعه الشافعي وأحمد وزفر من الحنفية لجهالة المبيع ، والمبيع يشترط أن يكون معلوماً .

وأجازه أبو حنيفة وصاحباه استحساناً لحاجة الناس إليه ، إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات ، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له . وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء ويرغب في رؤية الشيء المشترى ، ولا يوافق التاجر على إخراج البضاعة من محله إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة[1] . وهذا معنى معقول وواقعي ، محقق لمصلحة التاجر لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة لا مجرد أمانة ، ونافع للمشتري لتحقيق رغبته وميوله ، وليس في جهالة المبيع خطورة ، لأنها لا تفضي إلى النزاع ، لتعيين ثمن كل صنف على حدة .

شروطه :

اشترط الحنفية القائلون بخيار التعيين شروطاً ثلاثة لصحته وهي[2] :

١ ـ أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر؛ لأن أصناف الأشياء تتراوح عادة بين الجيد والوسط والرديء ، فما زاد عن الثلاثة لا يصح فيه الخيار ، لعدم الحاجة إليه .

٢ ـ أن تكون الأشياء متفاوتة القيمة أو الوصف ، وثمن كل منها محدد معين ، فإن كانت الأشياء متحدة القيمة أو الوصف فلا معنى للخيار بينها . وإذا كان الثمن غير محدد لكل منها ، كان مجهولاً ، وجهالة الثمن تفسد البيع .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي : ٢١/٤ ، البدائع : ٢٦١/٥ .

(٢) الزيلعي : ٢١/٤ ، البدائع : ٢٦١/٥ ، فتح القدير : ١٣٠/٥ ومابعدها .

٣ ـ أن تكون مدة الخيار معلومة ، لا تزيد عن ثلاثة أيام عند أبي حنيفة كخيار الشرط ، فإن زادت على ذلك فسد العقد .

وقال الصاحبان : يكفي أن تكون المدة معلومة ، وإن زادت عن ثلاثة أيام .

أثر خيار التعيين :

إذا اقتصر المشتري على ذكر خيار التعيين بدون خيار الشرط ، كان العقد لازماً تثبت به ملكية أحد الأشياء ، وينحصر دور المشتري في اختيار أحد الأشياء التي اشتراها . وإذا مات المشتري ورثه ورثته في ممارسة حق الاختيار .

فإن انضم إلى خيار التعيين خيار الشرط كان العقد غير لازم ، ولا يورث حق الخيار حينئذ ، ويحق للمشتري رد العقد بكامله[١] .

انتهاء خيار التعيين :

ينتهي خيار التعيين إما صراحة أو دلالة أو حكماً ، كأن يقول : قبلت هذا الشيء دون غيره ، أو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على أنه اختاره . أو هلك أحد الأشياء في يد المشتري بعد القبض ، فيتعين الهالك مبيعاً ، وعليه ثمنه ، والآخر يكون أمانة في يده يجب رده إلى صاحبه[٢] .

خيار الشرط

خيار الشرط[٣] : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة ، كأن يقول المشتري للبائع : اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام .

---

(١) البدائع : ٥/٢٦١ ، ٢٦٨ ، فتح القدير ، المكان السابق ، و ١٣٣ .

(٢) البدائع : ٥ / ٢٦١ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ / ١٣٢ .

(٣) راجع أحكام خيار الشرط في المواد (٣٠٠ ـ ٣٠٩) من مجلة الأحكام العدلية .

وقد شرع للحاجة إليه لدفع الغبن عن العاقد في العقود .

ويثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، وذلك كالبيع والإجارة ، والمزارعة والمساقاة ، والشركة ومنها المضاربة ، والقسمة ، والكفالة والحوالة ، والرهن إذا اشترطه الراهن للزوم العقد من جانبه ، ولا حاجة للمرتهن لاشتراطه ؛ لأن العقد بالنسبة إليه غير لازم .

أما العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والإيداع والهبة والوصية فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار، لأنها بطبيعتها غير لازمة .

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والطلاق فلا يصح اشتراط الخيار فيها ، لأنه يتعذر فسخها .

كذلك لا يصح اشتراط الخيار في عقدي السلم والصرف ؛ لأن السلم يشترط لصحته قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، والصرف يشترط فيه قبض البدلين في المجلس . وخيار الشرط يقتضي تأخير القبض عن المجلس وإذا تأخر القبض عن المجلس فسد العقد ، فلا يصح اشتراط خيار فيهما[1] .

مدة الخيار : اتفق جمهور الفقهاء غير المالكية على أن مدة الخيار المشروط ينبغي أن تكون معلومة ، فإن لم تكن له مدة ، أو كانت المدة مجهولة ، أو كان الخيار مؤبداً لم يصح العقد ، وكان فاسداً عند الحنفية[2] ، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة[3] .

وقال الإمام مالك : يجوز الخيار المطلق بدون تحديد مدة ، ويحدد الحاكم له مدة كمدة خيار مثله في العادة ؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة ، فإذا أطلق

---

(1) الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين : ٤/ ٥٠ وما بعدها .

(2) البدائع : ٥/ ١٧٤ ، رد المحتار : ٤/ ٤٩ .

(3) المهذب : ١/ ٢٥٩ ، المغني : ٣/ ٥٨٩ .

الخيار حمل على المعتاد . ويفسد العقد باشتراط مدة زائدة على المعتاد بكثير أي بعد يوم ، أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء[1] .

ثم اختلف الفقهاء في مقدار مدة الخيار على ثلاثة أقوال :

١ ـ فقال أبو حنيفة وزفر والشافعي[2] : إنها لا تزيد على ثلاثة أيام ، عملاً بمقتضى الحديث الذي ثبتت به مشروعية هذا الخيار ، وهو حديث حَبَّان بن مُنْقِذ الذي كان يغبن في البيع والشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال : «إذا بايعت فقل : لا خلابة[3] ، ولي الخيار ثلاثة أيام» فهذا الخيار شرع استثناء لدفع الغبن عن الناس ، فيقتصر فيه على مورد النص ، والنص جعل المدة ثلاثة أيام ، فلا يزاد عليها ، ولأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً .

فلو زاد عليها فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر ، ويعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا ارتفع سبب الفساد بإجازة العقد في مدة الأيام الثلاثة ، وعند زفر : الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال . ويبطل العقد عند الشافعي .

٢ ـ وقال الصاحبان والحنابلة[4] : تكون مدة الخيار بحسب اتفاق العاقدين ، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام ؛ لأن الخيار شرع للتروي والمشورة ، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة . والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير الرسول ﷺ . وما يكون كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره ، فلا يكون هذا التحديد مانعاً من الزيادة على المدة المذكورة .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/ ٢٠٨ ، الشرح الكبير : ٣/ ٩٥ .

(٢) المبسوط : ١٣/ ٤٠ وما بعدها ، البدائع : ٥/ ١٧٤ ، فتح القدير : ٥/ ١١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/ ٤٧ ، المجموع : ٩/ ٢٠١ .

(٣) أي لا خديعة ولا غبن أي لا يحل لك خديعتي ولا تلزمني خديعتك ، والحديث رواه الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ومالك في الموطأ عن ابن عمر (سبل السلام : ٣/ ٣٥ ، نيل الأوطار : ٥/ ١٨٢) .

(٤) المبسوط : ١٣/ ٤١ ، فتح القدير : ٥/ ١١١ ، البدائع : ٥/ ١٧٤ ، المغني : ٣/ ٥٨٥ ، غاية المنتهى : ٢/ ٣٠ .

٣ ـ وقال المالكية[1] : يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة ، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال ، فالفاكهة لا يجوز الخيار فيها أكثر من يوم ، والثياب والدواب : ثلاثة أيام ، والأرض البعيدة : أكثر من ثلاثة أيام ، والدار ونحوها : شهر ؛ لأن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإمكان الاختبار يختلف بحسب المبيعات ، تحقيقاً لحاجة العقد .

وتبدأ مدة الخيار بعد العقد مباشرة .

أثر خيار الشرط :

لخيار الشرط أثران : أحدهما متفق عليه ، والآخر مختلف فيه .

أما الأثر المتفق عليه : فهو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار . فيجوز له الفسخ في مدة الخيار ، وإمضاء العقد ، وإذا مضت المدة بدون فسخ أو إمضاء سقط خياره ولزمه العقد .

ويصح الفسخ والإمضاء بالقول الدال عليه مثل : أجزت العقد أو أمضيته ، أو رضيت به ، أو فسخته ، كما يصح بالفعل الدال عليه أو المتضمن له ، كالتصرف في المبيع بالبيع أو الإجارة أو الرهن أو الإعارة ، سواء من البائع إذا كان له الخيار ، أو من المشتري صاحب الخيار .

ويشترط لصحة الفسخ شرطان[2] :

١ ـ أن يكون في مدة الخيار ، لأن العقد يلزم بمضي مدة الخيار بلا فسخ من صاحب الخيار .

٢ ـ علم الطرف الآخر بالفسخ إذا كان الفسخ قولياً عند أبي حنيفة ومحمد منعاً

---

(١) بداية المجتهد : ٢/ ٢٠٧ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣/ ٩١ ، ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٣ .

(٢) البدائع : ٥/ ٢٧٣ ، تبيين الحقائق : ٤/ ١٨ .

من إلحاق الضرر به ، فإنه إذا كان بائعاً قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر، اعتماداً على أن المشتري لم يفسخ العقد ، وفي هذا ضرر به ، وإذا كان مشترياً فقد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع لم يفسخ العقد ، فيلحقه الضمان ، وفي هذا ضرر به ، وبالعلم بالفسخ يمتنع لحوق هذا الضرر.

أما الفسخ الفعلي فلا يشترط فيه علم الطرف الآخر به لأنه أمر حكمي ، ولا يشترط العلم في الفسخ الحكمي كعزل الوكيل والشريك والمضارب بارتداده ولحاقه بدار الحرب ، أو جنونه جنوناً مطبقاً .

ولا يشترط علم الطرف الآخر بإجازة العقد .

وقال أبو يوسف والحنابلة[1] : لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ أيضاً ؛ لأن القبول بالخيار يدل على تسليط صاحب الخيار على الفسخ ، سواء علم الآخر أم لم يعلم .

وأما **الأثر المختلف فيه** : فهو عدم ترتب أثر العقد عليه .

وهذا عند الحنفية[2] والمالكية[3] فالخيار عند هؤلاء مانع من ترتب آثار العقد ، فلا تنتقل الملكية عند أبي حنيفة في كلا البدلين إذا كان الخيار للعاقدين أثناء مدة الخيار، أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ؛ لأن الخيار موجود في جانبي البائع والمشتري .

وإذا كان الخيار للبائع وحده لا تنتقل ملكية المبيع عنه ، ويخرج الثمن عن ملك المشتري ؛ لأن العقد لازم في حقه ، ولكن لا يدخل في ملك البائع ، حتى لا يجتمع

---

(١) المرجعان السابقان، غاية المنتهى: ٢/ ٣١.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٦٤ وما بعدها، فتح القدير: ٥/ ١١٥ وما بعدها، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥١.

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ١٠٣، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣.

البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة ، لمنافاته لمبدأ التعادل بين العاقدين .

وقال الصاحبان : يدخل الثمن في ملك البائع ؛ لأن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

وإذا كان الخيار للمشتري وحده فلا يخرج الثمن عن ملكه ، وأما المبيع فيخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، ويدخل في ملكه عند الصاحبين .

وقرر المالكية : أن ملك المبيع للبائع زمن الخيار ، حتى ينقضي الخيار .

ووجهة هذا الفريق : أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد ، والآثار لا توجد إلا مع الرضا التام .

وقال الشافعية والحنابلة في أظهر الرأيين عندهم[1] : تترتب آثار العقد عليه في فترة الخيار ، وتنتقل ملكية البدلين للطرفين المتعاقدين ، سواء أكان الخيار للعاقدين أم لأحدهما ؛ لأن العقد صحيح نافذ ، فتترتب أحكامه (آثاره) عليه . وأثر الخيار محصور في منع اللزوم فقط .

وتظهر ثمرة الخلاف بين الفريقين في مؤونة (نفقة) المعقود عليه والزيادة فيه ، فعلى رأي الحنفية والمالكية : تكون المؤونة في مدة الخيار على البائع والزيادة له . وعلى رأي الآخرين : تكون المؤونة على المشتري والزيادة له .

انتهاء خيار الشرط :

العقد المشتمل على الخيار غير لازم ، وبانتهاء الخيار إما أن يزول العقد ، أو يصبح لازماً . وينتهي الخيار بأحد الأمور التالية[2] :

---

(١) مغني المحتاج : ٢/ ٤٨ ، المهذب : ١/ ٢٥٩ ، المغني : ٣/ ٥٧١ ، غاية المنتهى : ٢/ ٣٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٣٧٧ .

(٢) البدائع : ٥/ ٢٦٧ ـ ٢٧٢ ، المبسوط : ١٣/ ٤٢ ـ ٤٤ ، فتح القدير : ٥/ ١١٧ ـ ١٢٥ ، الدر المختار : ٤/ ٥٢ ، ٥٧ .

١ ـ إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار ، سواء أكان ذلك بـالقول أم بـالفعل كما بينا .

٢ ـ مضي مدة الخيار دون إجازة (إمضاء) أو فسخ .

٣ ـ هلاك المعقود عليه أو تعييبه في يد صاحب الخيـار ، فـإن كان الخيـار للبـائع مثلاً بطـل البيـع وسقـط الخيـار ، وإن كان الخيـار للمشتري لا يبطـل البيـع ، ولكن يسقـط الخيـار ، ويلزم البيع ، ويجب على المشتري دفـع الثمن ، سـواء أكان الهـلاك أو التعيب بفعل المشتري أو بفعل البائع ، أو بآفة سماوية .

٤ ـ زيادة المعقود عليه في يد المشتري إذا كان الخيار له : زيـادة متصلـة متولـدة منـه كسمن الحيوان ، أم غير متـولـدة منـه كالبنـاء على الأرض وصبـاغـة الثـوب . أو زيادة منفصلة متولدة منه كولـد الحيوان وثمرة البستـان . أمـا الزيـادة المنفصلـة غير المتولدة منه كالأجرة فلا تبطل الخيار ولا تمنع الرد .

٥ ـ موت المشروط له الخيار عند الحنفية والحنابلة[١] : لأن خيار الشرط كخيـار الرؤية لا يورث عندهم لأنه حق شخصي خاص بصاحبه ، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر .

وقال المالكية والشافعية[٢] : لا يسقـط الخيـار بـالموت ، بل ينتقل إلى الورثـة ؛ لأنـه حق متعلق بـالمـال وهو المعقود عليـه ، وليس من الحقوق الشخصيـة ، والحقـوق المالية يجري فيها الإرث ، لقوله ﷺ : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته »[٣] .

---

(١) المغني : ٣/ ٥٧٩ ، غاية المنتهى : ٢/ ٣٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ٢٠٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٣ ، المهذب : ١/ ٢٥٩ ، مغني المحتاج : ٢/ ٤٥ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن مـاجـه عن المقدام بن معد يكرب بلفظ : «من ترك مـالاً فلـورثتـه ...» (نيل الأوطار : ٦/٦٢) .

خيار العيب

خيار العيب[1] : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين ، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد .

فسبب هذا الخيار : هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه ، ولم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد ، فسمي خيار العيب .

وثبوت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً ؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعاقد ، وإن لم يشترطها صراحة . فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد ، والرضا أساس العقود ، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث .

وإذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات ، فشرع هذا الخيار حفاظاً على مبدأ المساواة هذا .

وقد أثبت الشرع هذا الخيار لمن فوجئ بالعيب بأحاديث نبوية متعددة منها : « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب ، إلا بيَّنه له »[2] ، ومر النبي ﷺ برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » .

ويثبت خيار العيب وخيار الرؤية في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ، كعقد البيع ، والإيجار ، وقسمة الأعيان والصلح على عوض عيني .

العيب الموجب للخيار : وهو عند الحنفية والحنابلة[3] : كل ما يخلو عنه أصل

---

(١) راجع أحكام خيار العيب في المواد (٣٣٦ ـ ٣٥٥) من المجلة .

(٢) رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر (نيل الأوطار : ٥/٢١١) .

(٣) فتح القدير مع العناية : ٥/١٥١ ، ١٥٣ ، البدائع : ٥/٢٧٤ ، الدر المختار وحاشيته : ٤/٧٤ ، المغني : ٤/١٥٢ ، غاية المنتهى : ٢/٣٥ .

الفطرة السليمة ويوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور، وهذا التعريف ذو معيار مادي. وعند الشافعية[1] ذو معيار شخصي، وهو: كل ما ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح، كجماح الدابة، أو قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية، أو ضيق الحذاء المشترى.

شروط ثبوت خيار العيب: يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروط هي[2]:

١ ـ وجود العيب قبل العقد، أو بعده قبل التسليم أي أن يكون قديماً. فلو حدث العيب بعد التسليم، أو عند المشتري لا يثبت الخيار.

٢ ـ جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض. فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.

٣ ـ عدم اشتراط المالك البراءة عن العيوب في محل العقد، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.

٤ ـ ألا يزول العيب قبل الفسخ.

هذا ويلاحظ أن الحنفية صححوا البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان المشترط جاهلاً وجود العيب في المبيع أم عالماً بعيب المبيع. وسواء أكان العيب موجوداً قبل البيع أم حادثاً بعده قبل القبض. وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد ومالك والشافعي وهو المعمول به في قانوننا المدني: يشمل شرط البراءة: العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود.

---

(١) مغني المحتاج: ٢/٥١.

(٢) البدائع: ٥/٢٧٥ وما بعدها، فتح القدير: ٥/١٥٣.

كذلك لا تصح البراءة عند المالكية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة[1] إلا عن عيب لا يعلم به البائع ، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه .

وقت خيار العيب : يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمن طويل . أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي ففيه رأيان للفقهاء :

قال الحنفية والحنابلة[2] : خيار الرد بالعيب على التراخي ، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور. فمتى علم العيب فأخر الرد ، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ؛ لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر، فلا يبطل بالتأخير؛ ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أو بانتهاء الوقت المحدد لها ، وليس لهذا الحق وقت محدد .

وقال المالكية والشافعية[3] : يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب . والمراد بالفور: ما لا يعد تراخياً في العادة ، فلو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخياً . والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير، فإذا تأخر في رد المعقول عليه بدون عذر سقط حقه ولزم العقد .

حكم العقد المشتمل على خيار عيب :

حكم العقد أو أثره حال وجود شيء معيب : هو ثبوت الملك للمتملك في محل العقد للحال ؛ لأنه إذا لم تتوافر سلامة المعقود عليه تأثر العقد في لزومه ، لا في أصل

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٥ ، مغني المحتاج : ٥٣/٢ ، المغني : ١٧٨/٤ ، غاية المنتهى : ٢٧/٢ .

(٢) الدر المختار : ٩٣/٤ ، المغني : ١٤٤/٤ ، غاية المنتهى : ٤١/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٥٦/٢ ، المهذب : ٢٧٤/١ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢٠/٣ .

حكمه . بخلاف خيار الشرط ؛ لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم ، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم أو الأثر في مدة الخيار[1] .

وأثر خيار العيب هو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار[2] ، فله إما الرضا بالمعقود عليه كما هو ، وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد ، وإما رده إلى مالكه الأول ، وحينئذ يبطل العقد .

وهل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب ؟

قرر الحنفية[3] : أنه ليس للمتملك الرجوع بنقصان العيب أو الحط من ثمن المبيع ما دام الرد ممكناً ؛ لأن المالك لا يلزم بدفع قيمة النقصان إلا برضاه دفعاً للضرر عنه .

فإن تعذر الرد كان لصاحب الخيار الرجوع بالنقصان بشرط **أن يكون امتناع** الرد بسبب ليس لصاحب الخيار دخل فيه ، كهلاك محل العقد ، أو تعيبه بعيب جديد ، أو تغير صورته بحيث أصبح له اسم جديد ، أو زيادته زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد والثمرة ، وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان .

ويجوز الحط من قيمة المبيع لقاء العيب بتراضي الطرفين .

وطريقة معرفة النقصان : أن يقوم المعقود عليه سليماً من العيب ، ثم يقوم على أنه معيب ، ويكون الفرق بين القيمتين هو النقصان ، فيرجع به . فإذا كانت قيمته سليماً ألفين ، وقيمته معيباً ألفاً ، رجع بنصف الثمن الذي تم به الشراء .

أما إذا كان امتناع الرد بسبب من جهة المشتري كأن باع الشيء أو وهبه أو وقفه لم يكن له الرجوع بالنقصان .

---

(١) البدائع : ٥/٢٧٣ .

(٢) البدائع : ٥/٢٧٤ .

(٣) فتح القدير : ٥/١٥٩ ، ١٦٤ وما بعدها ، الدر المختار : ٤/٩٤ ، اللباب شرح الكتاب : ٢/٢١ ، تبيين الحقائق : ٤/٣٤ وما بعدها ، البدائع : ٣/٢٨٩ .

وكذلك إن رضي بـالعيب صراحـة أو دلالـة ليس لـه الرجوع بـالنقصـان ؛ لأن الرضا بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصـان العيب ، إذ بـه يتبين أن السلامـة من العيب لم تكن مطلوبة .

كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه :

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبـه أي قبل قبضـه من الآخر ، فينفسخ العقد بقول العاقد الآخر : « رددت » ، ولا يحتاج إلى قضاء القـاضي ، ولا إلى التراضي ، باتفاق الحنفية والشافعية .

وأما إن قبضه المتملك فلا ينفسخ إلا بالتراضي أو بقضاء القـاضي عنـد الحنفيـة[1] لرفع النزاع الـذي قـد يقـع بين العـاقـدين بسبب احتمال كـون العيب جـديـداً عنـد القابض ، فلا يوجب الرد ، أو كونه قديماً عند المالك الأصلي ، فيوجب الرد .

وقال الشافعية والحنابلة[2] : ينفسخ العقد بقول المتملك : « رددت » بغير حـاجـة إلى التراضي أو قضـاء القـاضي ، كالفسـخ بخيـار الشرط أو خيـار الرؤيـة ؛ لأن خيـار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصـاحب الخيـار ، وغير اللازم يجوز فسخـه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر ، ولا إلى قضاء القاضي .

موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار :

يمتنـع الرد بـالعيب ويسقـط الخيـار بعـد ثبـوتـه ويلـزم العقـد بـأسبـاب هي ما يأتي[3] :

١ ـ الرضا بالعيب بعد العلم به : إما صراحة كقوله : رضيت بـالعيب ، أو أجزت

---

(١) البدائع : ٥/٢٨١ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٥٧ ، المهذب : ١/٢٨٤ ، غاية المنتهى : ٢/٤١ .

(٣) البدائع : ٥/٢٨٢ ـ ٢٨٤ ، ٢٩١ ، الدر المختار وحاشيته : ٤/٨٢ ، ٨٥ ـ ٨٩ ، ٩٤ ، ٩٩ ، ١٠١ ، ١٠٣ ، مجمع الضمانات : ص٢١٩ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/١٦٤ .

العقد ، أو دلالة كالتصرف في المعقود عليه تصرفاً يدل على الرضا بـالعيب ، كبيعـه أو هبتـه أو رهنـه أو إيجـاره ، أو استعمالـه بـأي وجـه كلبس وركوب ، أو مـداواتـه ، أو صباغته وتفصيله شيئاً آخر ، أو البناء على الأرض ، أو طحن الحنطـة أو شيّ اللحم ، أو وصول عوض العيب إليه ، ونحو ذلك ؛ لأن الرضا بـالعيب بعـد العلم بـه دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له ، فلا يكون هناك معنى لإثبات الخيار له .

٢ ـ إسقاط الخيار : صراحـة كقولـه : أسقطت خيـاري ، أو دلالـة كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود عليه ؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه .

٣ ـ هلاك المعقود عليه ، أو تعيبه بعيب جديد في يد صـاحب الخيـار ، أو تغيره تغيراً تاماً ، كطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، ونحوه .

٤ ـ زيادة المعقود عليـه في يـد صـاحب الخيـار زيـادة متصلـة غير متولـدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض ، وصبغ الثوب ، أو زيادة منفصلـة متولـدة من الأصل كالولد والثمرة .

أما الزيادة المتصلة المتولـدة من الأصل كالسمن والكبر ، والزيـادة المنفصلـة غير المتولدة كالغلة والكسب ، فلا تمنع الرد بالعيب .

وامتناع الرد في الصورة الأولى سببه تعـذر فصل الزيـادة ، ولا يرد معهـا لأنهـا حق صانعها .

وامتناع الرد في الصورة الثانية ، سببه أن المتملك لو ردَّ الأصل دونهـا ، تبقى لـه دون مقابل ، وهو ممنوع شرعاً ، لأنه ربا .

إرث خيار العيب :

اتفق الفقهاء على أنـه يورث خيـار العيب وخيـار التعيين ، لتعلق الحق بـذات المعقود عليه ، فلو مات صاحب الخيار لم يسقـط الخيـار ، وينتقل الحق لورثتـه ؛ لأن

المورث استحق المعقود عليه سليماً من العيب ، ولزمه أحد الأشياء في خيار التعيين ، فلا يجبر الوارث على أخذه معيباً ، وإنما يثبت له ما ثبت لمورثه . وفي خيار التعيين يلزم الوارث بما لزم المورث .

وأما خيار الشرط وخيار الرؤية فلا يورثان عند الحنفية[1] خلافاً للمالكية والشافعية ؛ لأن الخيار متعلق بإرادة العاقد ومشيئته ، فهو من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانتقال من شخص لآخر بالوراثة[2] .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في إرث الخيار راجع إلى اختلافهم في إرث الحقوق .

قال الحنفية : الأصل أن يورث المال دون الحقوق ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال .

وقال الجمهور : الأصل أن تورث الحقوق والأموال ، إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث ، لقوله ﷺ : « من ترك حقاً أو مالاً فلورثته » .

خيار الرؤية

خيار الرؤية[3] : هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه ، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

فسبب هذا الخيار : عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله ، فإذا كان قد رآه سقط خياره .

---

(١) ويوافقهم الحنابلة في عدم إرث خيار الشرط كما بينا .

(٢) البدائع : ٥/٢٦٨ ، بداية المجتهد : ٢/٢٠٩ ، المجموع للنووي : ٩/١٩٦ ، حاشية الباجوري : ١/١٦٠ ، غاية المنتهى : ٢/٣٠ ، ٣٣ ، المغني : ٣/٥٧٩ .

(٣) راجع أحكام خيار الرؤية في المجلة في المواد (٣٢٠ - ٣٣٤) .

وقد ثبت هذا الخيار عند القائلين بـه بحكم الشرع من غير حـاجـة لاشتراطـه في العقد ، بخلاف خيار الشرط والتعيين ، فإنهما مشروطان في العقد .

ويثبت كخيـار العيب في العقود اللازمـة التي تحتمل الفسخ كبيـع الشيء المعين بالـذات ، والإجـارة ، وقسمـة الأموال القيميـة كالأراضي والـدواب ، والصلح على عين بعوض معين . أما بيع الشيء المعين بالوصف كما في عقد السلم (بيع آجل بعـاجل) فلا يثبت فيه خيار الرؤية .

مشروعيته :

أجاز جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية)[١] خيار الرؤيـة في بيع العين الغائبة أو غير المرئيـة ، بـدليل مـا يروى حـديثـاً : « من اشترى شيئـاً لم يره ، فهو بـالخيـار إذا رآه »[٢] ويؤيـده أن عثمان بن عفـان بـاع أرضـاً لـه بـالبصرة لطلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لعثمان : غبنت ، فقـال : « لي الخيـار ؛ لأني بعت مـالم أره » . وقيـل لطلحـة : إنـك قـد غبنت ، فقـال : « لي الخيار ، لأني اشتريت مـالم أره »[٣] فحكمـا في ذلـك جبير بن مطعم ، فقضى بـالخيـار لطلحة .

وكان ذلـك بمحضر من الصحـابـة رضي الله عنهم ، ولم ينكر عليـه أحـد ، فكان إقراراً منهم على شرعية هذا الخيار .

واحتجوا أيضاً بأن الشخص قـد يحتـاج إلى شراء شيء غـائب عنـه ، فيجعل لـه

(١) المبسوط : ٦٩/١٣ ومابعدها ، فتح القدير مع العناية : ١٣٧/٥ ـ ١٤٠ ، البدائع : ٢٩٢/٥ ، رد المحتار : ٦٨/٤ ، بداية المجتهد : ١٥٤/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٢٥/٣ ومابعدها . المغني : ٥٨٠/٣ ومابعدها . المحلى : ٣٩٤/٨ .

(٢) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند رواه الدارقطني عن أبي هريرة ، والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي عن مكحول ، وهو ضعيف (نصب الراية : ٩/٤) .

(٣) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص (نصب الراية : ٩/٤) .

الخيار عند رؤيته دفعاً للضرر عنه حينما يجد المعقود عليه غير موافق لغرضه أو لمقصوده، وتحقيقاً لرضاه المطلوب في العقود.

وأما ماقد يكون من جهالة في المعقود عليه فلا تؤثر في صحة العقد، لأنها لا تفضي إلى النزاع بسبب إعطاء الخيار لمن لم ير محل العقد.

وقال الشافعي في المذهب الجديد[1] : لا ينعقد بيع الغائب أصلاً، سواء أكان بالصفة، أم بغير الصفة، ولا يثبت خيار الرؤية ؛ لأن في العقد غرراً وجهالة قد تفضي إلى النزاع بين العاقدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[2]. وأما حديث « من اشترى مالم يره » فهو حديث ضعيف أو باطل.

من يثبت له خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية عند الحنفية والمالكية للمتملك، كالمشتري في البيع، والمستأجر في الإيجار، أما المملك فلا يثبت له هذا الخيار، وهو البائع والمؤجر، عملاً بما قضى به جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة، ولأن المملك يعرف ما يملكه عادة، فلا ضرورة لثبوت الخيار له. فإذا باع مالم يره، وهو أمر نادر، كان مقصراً في حق نفسه، فلا يستحق المطالبة بفسخ العقد. أما المتملك فلم يتمكن من رؤية محل العقد، ولا سبيل إليه، فكان من المصلحة منحه الخيار.

وأثبت الحنابلة والظاهرية خيار الرؤية للمملك كالبائع إذا باع مالم ير.

وقت ثبوت الخيار :

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه، لا قبلها، فلو أجاز العقد قبل

---

(١) مغني المحتاج: ١٨/٢ ومابعدها، المهذب: ٢٦٣/١.

(٢) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » (نيل الأوطار: ١٤٧/٥).

الرؤية ، لا يلزم العقد ، ولا يسقط الخيار ، ولـه أن يرد المعقود عليـه ؛ لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية .

أما لو فسخ العقد قبل الرؤية صح الفسخ ، لا من أجل الخيار ، وإنما لأن العقـد غير لازم ، وغير اللازم يجوز فسخه كالعقـد الـذي فيـه خيـار العيب ، وعقـد الإعـارة والإيداع[1] .

شروط ثبوت الخيار : يشترط لثبوت الخيار شروط ، وإلا كان العقد لازماً وهي[2] :

١ ـ عدم رؤية محل العقد عند إنشاء العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه ، فـإن كان قد رآه قبل العقد لا يثبت له الخيار .

٢ ـ أن يكون محل العقد عيناً معينـة أو مشخصـة من الأعيـان كالأرض والـدار والدابة والسيارة ، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالـة المفضيـة إلى النزاع ؛ لأن للنـاس أغراضاً خاصة في الأعيان ، فيثبت الخيار لينظر المتملك هل يصلح لـه أم لا ؟ ويظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية .

أما المعين بالوصف لا بالذات بأن كان ديناً موصوفاً في الذمة كالمسلم فيه (المبيع المؤجل لموسم الحصاد) فلا يثبت فيـه خيـار الرؤيـة ؛ لأن المعقود عليـه الموصوف إن وجد بأوصافه المتفق عليها لزم العقد ، وإن تخلف وصف منهـا لم يتحقق لعـدم وجود محله .

٣ ـ أن يكون العقد ممـا يقبل الفسخ كما بينـا كالبيع والإجـارة والقسمـة والصلح عن دعوى المال ونحوها ؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية .

---

(١) البدائع : ٢٩٥/٥ .

(٢) البدائع : ٢٩٢/٥ ومابعدها ، ٢٩٨ ، المبسوط : ٧٢/١٣ ، ٧٧ ، فتح القدير : ٢٩٨/٥ ، الدر المختار : ٧٠/٤ .

أما مالا يقبل الفسخ كالزواج والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها ، فلا يثبت فيها خيار الرؤية بسبب عدم رؤية المهر أو بدل الخلع أو عوض الصلح إذا كان شيئاً معيناً كدار وأرض معينة .

كيفية الرؤية :

الرؤية قد تكون لجميع المعقود عليه ، أو لبعضه (رؤية الأنموذج) ، والضابط فيه : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ، ويفيد المعرفة به[1] . وذلك بأي حاسة من الحواس حسب طبيعة محل العقد ، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق ، وإن كان من المشمومات كالروائح كانت معرفته بالشم ، وإن كان من الملموسات كالأقمشة كان العلم به باللمس . وإن كان من المرئيات كالدور والأراضي والحبوب كان العلم به بواسطة النظر بالنسبة للبصير .

أما الأعمى فهو كالبصير في غير المرئيات ، وأما في المرئيات فيكتفى منه بوصف الشيء وصفاً كافياً . ويجوز عند الحنفية للبصير والأعمى التوكيل بالنظر والرؤية[2] .

وبناء عليه لا يكفي رؤية بعض حجرات الدار ، بل لابد من رؤية بيوتها كلها ، ورؤية كل الأرض والبستان ونحوهما . ولا يكفي رؤية شاة من قطيع ، بل لابد من رؤية القطيع كله .

وإذا كان الشيء يباع عددياً كالجوز والفجل والثياب فلا تكفي رؤية البعض ، بل لابد من رؤية الكل .

وإذا كان الشيء من المثليات التي تباع كيلاً أو وزناً كالحبوب والأقطان أو كان مغيباً في الأرض كالثوم والبصل ، فيكتفى برؤية بعض الأجزاء أو الوحدات ، وهو المسمى بالبيع بالنموذج .

---

(١) البدائع : ٢٩٣/٥ ، الدر المختار وحاشيته : ٦٨/٤ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ ، فتح القدير : ١٤٥/٥ .

أثر خيار الرؤية :

يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرئية غير لازم لمن ثبت له الخيـار، فيخير بين الفسخ والإجـازة عنـد رؤيـة المعقود عليـه ؛ لأن عـدم الرؤيـة يمنـع تمـام الصفقة ، ولأن جهالة وصف المعقود عليه تؤثر في رضا المتملك فيثبت له الخيـار، سواء أكان المعقود عليه موافقاً للوصف المتفق عليه أم مخالفاً له ، وهذا مذهب الحنفية[1] .

وقال الحنابلة والمالكية والشيعة الإمامية[2] : العقد لازم للمتملك إذا وجد المعقود عليه مطابقاً للوصف المتفق عليه ، فإن كان مخالفاً لما وصف ، ثبت له الخيار.

وأما حكم العقد أو أثر الخيار: فلا يمنع نقل الملكية في البـدلين ، أي لا أثر لخيـار الرؤية على العقد ، فتنتقل ملكية المعقود عليه للمتملك ، وملكية العوض للمالـك فور تمام العقد بـالإيجـاب والقبول . وبهـذا يختلف خيـار الرؤيـة عن خيـار الشرط عنـد الحنفية والمالكيـة ، كما بينـا . وسبب التفرقـة بينهما أن العقـد في خيـار الرؤيـة صـدر مطلقاً غير مقيد بشرط ، وكان المفهوم أن يكون لازماً ، لكنه ثبت من جهـة الشرع . أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط العـاقـدين ، فكان لـه أثره في العقـد يمنع استقرار حكمه في الحال .

كيفية فسخ العقد :

لا يتوقف الفسخ بخيار الرؤية على التراضي أو قضـاء القـاضي ، ويكون بـالقول وبالفعل صراحة أو دلالة ، مثل فسخت العقد أو رددته ، أو أن يتصرف بالمعقود عليه بالبيع أو الهبة ونحوهما ، أو أن يهلك المعقود عليه قبل القبض[3] .

---

(١) البدائع : ٥/ ٢٩٢ ، فتح القدير: ٥/ ١٣٧ .

(٢) المغني : ٣/ ٥٨٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المختصر النافع : ص ١٤٦ .

(٣) البدائع : ٥/ ٢٩٨ .

ويشترط للفسخ شروط هي[1] :

١ ـ أن يكون الخيار موجوداً ، فإن سقط لزم العقد .

٢ ـ ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على المالك ، برد بعض المعقود عليه وإجازة العقد في البعض الآخر ؛ لأن في التفريق ضرراً به .

٣ ـ أن يعلم المالك بالفسخ ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وأما أبو يوسف فلا يشترط ذلك ، كما بينا في خيار الشرط .

مدة خيار الرؤية :

الأصح عند الحنفية[2] : أن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه ، أي أنه لا يتوقت بوقت ، بل متى ثبت فإنه يستمر إلى أن يحدث ما يسقطه ؛ لأنه حق من الحقوق ، والحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها ، أو بانتهاء الأمد المحدد لها ، ولأن سببه اختلال الرضا ، والحكم يبقى ما بقي سببه .

وقال الحنابلة[3] : يكون خيار الرؤية على الفور .

ما يسقط به خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية في الأصل بما يسقط به خيار الشرط وخيار العيب وهو ما يأتي[4] :

١ ـ ما يدل على الرضا بالعقد صراحة أو دلالة : فالصريح أن يقول : أجزت

---

(١) البدائع : ٥/ ٢٩٨ .

(٢) فتح القدير : ٥/ ١٤١ ، البدائع : ٥/ ٢٩٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ٦٧ .

(٣) المغني : ٣/ ٥٨١ .

(٤) البدائع : ٥/ ٢٩٥ ـ ٢٩٧ ، فتح القدير : ٥/ ١٤١ ، ١٤٩ .

العقدَ أو أمضيته أو رضيت به ونحو ذلك . والدلالة على الرضا : أن يتصرف في المعقود عليه بعد الرؤية لا قبلها تصرفاً يدل على الإجازة والرضا بالعقد كقبض الشيء ، والانتفاع به ، وبيعه أو إجارته ، أو رهنه أو هبته .

والسبب في اشتراط كون التصرف قبل الرؤية : هو أن الخيار حق أثبته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها .

واستثناء من هذا المبدأ قالوا بسقوط الخيار ولو قبل الرؤية في البيع والإجارة والوقف ، والرهن والهبة مع التسليم ، ونحوها من التصرفات الباتة التي يترتب عليها حق للغير .

٢ ـ هلاك محل العقد ، أو تعييبه بعيب يمنع الرد ، سواء أكان بفعل العاقد أم بفعل شخص أجنبي عن العقد ، أم بآفة سماوية .

٣ ـ زيادة المعقود عليه بعد القبض زيادة تمنع الرد ، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كالبناء وصبغ الشيء ، والزيادة المنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والصوف .

أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كالسمن والكبر ، والزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة ، فإنها لا تمنع الرد .

٤ ـ موت صاحب الخيار ، سواء قبل الرؤية أم بعدها . فلا يورث خيار الرؤية عند الحنفية والحنابلة[1] كخيار الشرط ؛ لأن الخيار مجرد رغبة ومشيئة أو حق شخصي .

وقال مالك[2] : يورث خيار الرؤية كما يورث خيار التعيين والعيب ؛ لأن

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٣٠ ، غاية المنتهى : ٢/ ٣٣ .

(٢) الشرح الصغير : ٣/ ١٤٥ .

الإرث يثبت في الحقوق والأموال المملوكة على السواء .

وهـذا أقرب إلى المنطـق ؛ لأن الـوارث يخلف المـورث في كل مـا ترك من مـال وحقوق ومنها حق الخيار[1] .

خيار النقد

خيار النقـد[2] : هو أن يتبـايع اثنـان على أنـه إذا لم ينقـد المشتري الثمن في مـدة معينة ، فلا بيع بينهما ، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحـددة تم البيع ، وإذا لم ينقـده فيها كان البيع فاسداً .

ويصح أن يكون خيار النقـد للبـائع أيضـاً ، كما لو تبـايع اثنـان وقبض البـائع الثمن ، وقال : إذا رددت الثمن في مدة ثلاثة أيام ، فلا بيع بيننا ، فإن رده فسـد البيع ، وان لم يرده تم العقد .

وقد أجاز أبو حنيفة وصاحباه خلافاً لزفر هذا الخيار استحساناً لحـاجـة النـاس إليه ، ولأنه في الحقيقة نوع من خيار الشرط . ويؤيده أن ابن عمر أجازه[3] .

مدته : قال أبو حنيفة : أقصى مدة هذا الخيار ثلاثة أيـام . وقـال الصـاحبـان : يجوز إلى أربعة أيام فأكثر.

ولا يورث هـذا الخيـار عنـد الحنفيـة ؛ لأنـه حق شخصي . لكن إذا كان الخيـار للبائع في رد الثمن ، فمات في أثناء المدة يلزم البيع بموته ، لأنه تحقق عدم الرد بموته .

وإن كان الخيار للمشتري في نقد الثمن فـمـات في مـدة الخيـار ، بطل البيع بموتـه ، لأنه تحقق عدم نقد الثمن بموته ، فيبطل العقد .

---

(١) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى : ص ٤٧٧ ، ٤٨٧ .

(٢) راجع أحكامه في المواد (٣١٣ـ ٣١٥) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) فتح القدير : ٥/ ١٣٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ٥١ .

المبحث السابع ـ انتهاء العقد :

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف. وانتهاء العقد بالفسخ له حالات. وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

انتهاء العقد بالفسخ :

فسخ العقد : قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، مالم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما بينا في بحث الوكالة، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن. وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات هي :

أ ـ الفسخ بسبب **فساد العقد** : إذا وقع العقد فاسداً كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة، وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه. وحينئذ يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.

ب ـ **بسبب الخيار** : يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته، إلا في خيار العيب بعد القبض عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

ج ـ بالإقالة : الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين ، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد . وهي مندوبة لقوله ﷺ : « من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة »[1] .

د ـ لعدم التنفيذ : يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد ، كما بينا . ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة قاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري ، وفي عقد الإجارة في حالة طروء أعذار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة عند الحنفية ، كلحوق دين فادح بالمؤجر لا سبيل لوفائه إلا ببيع المأجور وأداء الدين من ثمنه ، وإفلاس المستأجر ، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة . وهجرة أهل القرية بعد استئجار حمام في قرية ليستغله المنتفع المستأجر .

هـ ـ لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه : ينفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد ، وذلك كانتهاء مدة عقد الإيجار المعينة ، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة ، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها .

انتهاء العقد بالموت :

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين ، منها نماذج مما يأتي :

١ ـ الإجارة : تنتهي الإجارة عند الحنفية[2] بموت أحد العاقدين ، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين ، أي أن العقد ينفسخ من نفسه بالموت .

---

(١) رواه البيهقي عن أبي هريرة ، ورواه أيضاً ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية : ٤ / ٣٠) .

(٢) البدائع : ٤ / ٢٠١ ، ٢٢٢ ، تبيين الحقائق : ٥ / ١٤٤ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٢٢٠ .

وقال غير الحنفية[1] : لا تنتهي الإجارة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين . وسبب الخلاف راجع لتصور كيفية انعقاد الإجارة ، فعند الحنفية : تنعقد الإجارة في المنافع بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً ، أي أن المستأجر يتملك المنفعة تدريجياً مع مضي المدة ، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له ، فلا يصح بقاء العقد عليه . وعند غير الحنفية : تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد ، ويتملك المستأجر المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً ، فيورث عنه ، كما يورث الشيء المبيع ، فتكون الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقدين . وهذا ما أخذ به القانون المدني في المادة (٥٦٨) .

٢ - **الرهن والكفالة :** هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن المرتهن أو المكفول له . فإذا مات الراهن بيع الرهن بواسطة وصيه وقضي منه دينه إن كان ورثته صغاراً . فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال ، وكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين[2] . وأما الكفالة : فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين الأصيل ، وإنما تنتهي بأحد أمرين : أداء الدين إلى الدائن ، أو الإبراء من الدين . وإذا مات الكفيل يؤخذ الدين من تركته . وإن كانت كفالة بالنفس فتنتهي بموت الأصيل المكفول بنفسه ، وبموت الكفيل ، للعجز عن إحضار المكفول عنه[3] .

٣ - **الشركة والوكالة :** هما من العقود غير اللازمة من الجانبين . وينتهيان بالموت ، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين ، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم[4] . وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل ، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم[5] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٢٧ ، الشرح الكبير للدردير : ٤/٣٠ ، المهذب : ١/٤٠٦ ، المغني : ٥/٤٥٦ .

(٢) الدر المختار : ٥/٣٦٩ ، ط الحلبي .

(٣) البدائع : ٦/١١ وما بعدها ، ١٣ ، الدر المختار : ٤/٢٦١ ، ٢٨٥ .

(٤) البدائع : ٦/٧٨ ، المبسوط : ١١/٢٥٢ ، فتح القدير : ٥/٣٤ .

(٥) البدائع : ٦/٣٨ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٦/١٢٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٩/١٣ .

٤ ـ **المزارعة والمساقاة**[١] : عقدان غير لازمين من الجانبين ، لم يجزهما أبو حنيفة ، وأجاز الشافعية المساقاة ، والمزارعة تبعاً للمساقاة ، وأجازهما المالكية بشروط منها المساواة بين المالك والعامل في الربح .

وأجازهما الحنابلة والصاحبان . وعلى هذا الرأي ينفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل (المزارع أو المساقي) ، سواء قبل العمل والزراعة أم بعدهما ، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا[٢] . لكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين . و إذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد .

انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف :

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن ، كما بينا في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه ، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة . وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهدة عن نفسه[٣] .

(١) المزارعة : عقد على زرع الأرض بنسبة معينة شائعة من المحصول . والمساقاة : عقد على العناية بأشجار الفاكهة بنسبة معلومة شائعة من الناتج .

(٢) البدائع : ١٨٥/٦ ، الهداية : ٤٥/٤ ، ٤٨ ، ط الخيرية ، غاية المنتهى : ١٨٤/٢ .

(٣) البدائع : ١٤٨/٥ ، ١٥١ .

الفصل الخامس

المؤيدات الشرعية

المؤيدات الشرعية : هي الأحكام أو التدابير التي شرعت لا لتنظيم علاقات الناس ، وإنما لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية[1] .

فالأحكام الأصلية : هي التي تنظم علاقات الناس بوضع الواجبات وبيان المحظورات . فهي غاية التشريع لإقامة مجتمع أخلاقي متضامن قوي سعيد . وضماناً لاحترام تلك الأحكام الأصلية شرعت المؤيدات : وهي الأحكام الموضوعة لحماية الأحكام الأصلية .

وهذه المؤيدات إما ترغيبية أو ترهيبية .

فالترغيبية : هي التي وضعت لترغيب الناس بتطبيق أحكام الشريعة كالمكافآت التشجيعية لمن يقدم للجماعة عوناً في أمر حربي يحقق النصر .

والترهيبية : هي التي وضعت لمنع الناس من مخالفة أوامر ونواهي الشريعة . وهذه نوعان : إما مؤيدات مدنية أو مؤيدات تأديبية . والمؤيد المدني أقوى تأثيراً من المؤيد التأديبي ، وأشد منعاً للمخالفة بسلب التصرف نتائجه ، واعتباره ملغى . أما المؤيد التأديبي فبالرغم من تأثيره الزاجر القامع للجريمة قد يتجرأ الناس على نظامه ، فيقترفون الجريمة ويرضون بالعقوبة .

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٣٠٩ ، ٣١٠ .

أولاً ـ المؤيدات المدنية :

يتمثل دور المؤيدات المدنية في إلغاء التصرف المخالف لنظام الشريعة ، إما إلغاءً كلياً وهو البطلان ، وإما إلغاءً فرعياً وهو الفساد ، وإما وضعه في طريق الإلغاء : وهو التوقف حماية لمصلحة الغير ، أو التخيير لسلب اللزوم عن العقد حماية لمبدأ التعادل أو التوازن ، أو لتوفير الرضا السليم .

وقد سبق بحث هذه المؤيدات الأربعة (البطلان ، الفساد ، التوقف ، التخيير) .

وأكتفي هنا ببيان أهم الفروق وأوجه التشابه بين البطلان والفساد :

أهم الفروق بين البطلان والفساد :

تظهر الفوارق بين الباطل والفاسد فيما يأتي[(١)] :

١ ـ السبب : إن سبب البطلان هو وجود مخالفة لنظام الشريعة في ناحية جوهرية كالخلل الذي يصيب أحد مقومات العقد الأساسية (العاقد ، والمعقود عليه ، والصيغة) أو أحد شرائط الانعقاد ، كصدور العقد من عديم الأهلية بسبب الصغر أو الجنون وعدم قابلية المحل المعقود عليه للتصرف كبيع الأموال العامة والأوقاف ، والزواج بالمحارم ، وعدم الإشهاد في عقد الزواج ، وعدم تسليم المعقود عليه في العقود العينية كالهبة ونحوها .

أما سبب الفساد : فهو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة .

وقد بينا أن أسباب الفساد ستة يمكن إيجازها في أربعة : وهي الجهالة الفاحشة ، كبيع شاة من قطيع ، وغرر الوصف كبيع بقرة على أنها حامل أو تحلب

---

(١) راجع المبسوط : ١٣/ ٢٣ ، البدائع : ٥/ ٢٩٩ ، ٣٠٤ ، فتح القدير مع العناية : ٥/ ١٨٥ وما بعدها ، ٢٢٧ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/ ١٠٤ ، ١٣٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٥ وما بعدها .

كذا، والإكراه على رأي جمهور الحنفية (عدا زفر) الذين يعتبرونه مفسداً للعقد. وأما زفر فيعتبره موقفاً للعقد، ورأيه أوجه وأصح. والشرط المفسد في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والشركة: وهو الشرط التقييدي الممنوع شرعاً كالتوقيت في البيع، وعدم التقابض في عقد الصرف، والضرر الذي يلحق البائع بتسليم محل العقد كبيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض.

٢ـ **النتيجة**: لا يترتب على الباطل أي أثر أصلاً، فهو كالمعدوم سواء، فلا تنتقل الملكية في العوضين في عقد البيع مثلاً، ولا يترتب على الزواج الباطل حل الاستمتاع والنفقة والتوارث.

لكن استثناء من ذلك: يعتبر المبيع المقبوض في البيع الباطل مضموناً بالمثل أو بالقيمة إذا تلف أياً كان سبب التلف، وليس مجرد أمانة لا تضمن حال التلف إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

وكذلك يترتب على الزواج الباطل بعض الآثار الضرورية إذا أعقبه دخول: وهي ثبوت نسب الولد، وإيجاب العدة على المرأة، واستحقاق المرأة المهر. فيختلف بذلك عن الزنى.

أما الفاسد: فيترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح إذا تم التنفيذ أي القبض أو التسليم، فتنتقل الملكية في العوضين في البيع الفاسد بالقبض. ويتملك المستأجر المنفعة في الإجارة الفاسدة وتلزمه الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً. لكن البيع الفاسد لا يلزم المشتري بدفع الثمن المسمى المتفق عليه، وإنما ثمن المثل أي قيمة المبيع في السوق يوم القبض. وفي الإجارة الفاسدة يلزم المستأجر بدفع أجر المثل، لا الأجر المسمى في العقد[1].

---

(١) يلزم دفع أجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى، إلا إذا كان فساد الإجارة ناشئاً عن جهالة الأجرة فيجب عندئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ.

ويلاحظ أن هذا الأثر يرتبه الفقه على تنفيذ العقد، لا على نفس العقد.

٣ ـ **استحقاق الفسخ**: الباطل لا يحتاج إلى فسخ؛ لأنه معدوم لم يوجد، والفسخ يرد على عقد قائم كالعقد المشتمل على أحد الخيارات.

وأما الفاسد: فيستحق الفسخ رعاية لأحكام الشرع إما بإرادة أحد العاقدين، أو بإرادة القاضي؛ لأن إزالة الفساد واجب شرعاً، وبالفسخ يرتفعَ الفساد[١].

ويبقى حق الفسخ قائماً ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ وهي[٢]:

أ ـ هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه كطحن القمح وخبز الدقيق.

ب ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل والبناء على الأرض وصبغ الثوب. أما أنواع الزيادات الأخرى وهي الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال، والزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمرة أو غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تمنع الفسخ والرد.

ج ـ التصرف بالشيء المقبوض بعقد فاسد من قبل القابض كالبيع والهبة والرهن والوقف.

ويلاحظ أن حق الفسخ بسبب الفساد يورث، فلو مات أحد العاقدين جاز لورثته أو للعاقد الآخر فسخ العقد بعد الموت.

٤ ـ **عموم الأثر وخصوصه**: البطلان يمكن أن يصيب كل أنواع التصرفات

---

(١) البدائع: ٥/٣٠٠.

(٢) البدائع: ٥/٣٠٠ـ ٣٠٢، فتح القدير: ٥/٢٣١، ٢٠٢، رد المحتار: ٤/١٣٧، مجمع الضمانات: ص ٢١٦.

القولية والفعلية ، العقدية وغير العقدية ، كالبيع والإيجار والهبة ، والإقرار والدعوى ، وإحراز المباح وقبض المبيع والموهوب .

وأما الفساد فلا يجري إلا في العقود المالية المنشئة التزامات متقابلة أو ناقلة للملكية[1] ، فلا يجري الفساد في العبادات والتصرفات الفعلية ، والعقود غير المالية كالزواج والوصاية والتحكيم ، والعقود المالية التي لا تنشىء التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة ، وتصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإبراء . فهذه التصرفات لا تكون إلا صحيحة أو باطلة .

وأما أوجه الشبه بين الباطل والفاسد فأهمها ما يأتي :

أ ـ الباطل لا يقبل الإجازة لأنه معدوم . وكذلك الفاسد لا يرتفع فساده بالإجازة ؛ لأن العاقد لا يملك مخالفة نظام الشريعة ، وليس له إقرار المخالفة ، وإنما ينبغي إزالة الفساد احتراماً لحكم الشرع ، إلا إذا زال سبب فساده كتعيين المجهول .

ب ـ الباطل لا يسري عليه التقادم (مرور الزمان) ويمكن التمسك ببطلان العقد مهما طالت المدة ؛ لأن الباطل معدوم . وكذلك الفاسد لا يسري عليه التقادم ، وإنما يظل مستحق الفسخ شرعاً مهما طال الأمد ، إلا إذا وجد مانع من موانع الفسخ التي سبق بيانها .

ثانياً ـ المؤيدات التأديبية (أو العقوبات)

إن مخالفة أحكام الشريعة وارتكاب المعاصي والمنكرات التي حرمتها الشريعة تستوجب عقاباً أخروياً ودنيوياً . والعقوبات الدنيوية نوعان :

١ ـ عقوبات مقدرة : وهي التي قدر لها الشرع نوعاً ومقداراً معيناً وهي

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف٢٦٨ .

القصاص، والحدود الخمسة (وهي حد الزنا، وحد القذف، وحد السرقة، وحد الحرابة، وحد شرب الخمر والمسكرات)[1].

٢ ـ عقوبات غير مقدرة وهي التعزيرات : وهي التي لم يحدد لها الشرع نوعاً ولا مقداراً معيناً، وإنما فوضها إلى تقدير الحكام لتطبيق ما يرونه محققاً للمصلحة حسب ظروف الجاني والجناية.

والحكمة من تشريع الحدود أو العقوبات عامة : هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف الجرائم الموجبة لها، وصيانة المجتمع عن الفساد، وتخليص الإنسان من آثار الخطيئة، وإصلاح الجاني.

قال ابن تيمية[2] وابن القيم[3] : كان من حكمة الله سبحانه وتعالى ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجرح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية الإحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة. وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة أصول : قتل، وقطع، وجلد، ونفي، وتغريم مال، وتعزير.

والجرائم الموجبة للعقوبة البدنية هي ثلاث عشرة جريمة وهي :

---

(١) القصاص : هو عقوبة الإعدام بتعبير العصر، وحد القذف وشرب الخمر : ثمانون جلدة بسوط لاعقدة له مفرقة على أجزاء الجسد ماعدا المقاتل، وحد الزنا : مئة جلدة لغير المتزوج، والرجم بالنسبة للمحصن المتزوج، وحد السرقة : قطع اليد من الرسغ، وحد الحرابة : هو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف، أو النفي، وتطبق العقوبة بحسب ما يناسب جريمة المحارب.

(٢) رسالته في القياس : ص٨٥، السياسة الشرعية له : ص٩٨

(٣) أعلام الموقعين : ٩٥/٢، ١٠٧ ومابعدها.

القتـل ، والجرح ، والـزنـا ، والقـذف ، وشرب الخمر ، والسرقـة ، والبغي[1] ، والحرابـة ، والردة ، والزنـدقـة ، وسب الله وسب الأنبيـاء والملائكـة ، وعمـل السحر ، وترك الصلاة والصيام .

وليس في هـذه العقـوبـات قسـوة أو تنكيـل وتعـذيب للمجرم كما يـزعم بعض الناس ؛ لأن هـذه الجرائم الموجبـة لهـا خطيرة تهز كيـان المجتمع ، ولأنهـا أنسب عقوبـة لزجر المجرم وأمثـالـه ، وأقمع للجريمـة ومطـاردة المجرمين ، وأدعى لتحقيق أمن المجتمع واستقراره .

وقد حققت العقوبات الشرعيـة أمنـاً في السعوديـة لا يمـاثلـه أمن بلـد في العـالم تطبق فيه العقوبات الوضعية من حبس أو سجن ونحوهما .

والتخلص من ضرر مجرم يتباكى عليه الزاعمون حب الإنسانية والإنسـان أوجب من تهـديـد أمن المجتمع بكاملـه ، عن طريـق ترويـع المجرمين أمن البيـوت والنسـاء والأطفال ، وما يعقبه من العديد من الجرائم والمنكرات .

ولقد أثبت التاريخ أن المجتمع الإسلامي عندمـا طبق الحـدود الشرعيـة ، عـاش آمناً مطمئناً على أمواله وأعراضه ونظـامـه ، حتى إن المجرم نفسـه كان يسعى لإقـامـة الحد عليه ، رغبة في تطهير نفسه ، والتكفير عن ذنبه .

هـذا مع العلم بـأن تطبيـق القصـاص والحـدود يتطلب تشـدداً كبيراً في شروط إثبات الجريمـة[2] ، ممـا لا نكاد نجـد لـه مثيلاً عنـد القـانونيين ، بل إن الحـدود ومنهـا

(١) البغي : الخروج في حـال الشوكـة والمنعـة على جمـاعـة المسلمين بتـأويل نص في حكم شرعي للتوصل إلى حق أو ولايـة ، والتحصن في بلـد مـا ، وتنظيم ثورة مسلحـة على غيرهم ، وتطبيـق أحكامهم فيما بينهم كالخوارج . وأمـا الحرابة : فهي قطع الطريق على المـارة ، بقصـد أخـذ أموالهم قهراً عنهم أو قتلهم علانيـة دون اعتماد على تـأويل سائغ .

(٢) ففي السرقة مثلاً يشترط ما يزيد على ١٢ شرطاً . وفي الزنـا : يشترط لإثبـاتـه بـالشهـادة شهـادة أربعـة رجـال أحرار عدول يرون الجريمة رؤية بصرية كاملة لا شبهة فيها . وفي القتل يشترط عـدة شرائـط لتطبيق القصـاص منها أن يكون القتل بسلاح ونحوه .

القصاص تسقط بالشبهات عملاً بالحديث النبوي : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » وقد توسع الفقهاء في بيان ماهو شبهة مسقطة للحد توسعاً كبيراً ، حتى إن مجرد ادعاء الشبهة كادعاء الزوجية في حال الوطء من المتهم يسقط الحد ، وكذا هرب المحدود أثناء إقامة الحد يسقط الحد[1] .

فالقسوة على المجرم رحمة عامة للمجتمع في مجموعه ، حتى يتخلص من الجريمة وخطرها الوبيل ، فإن التضحية بعدد محدود من المجرمين أهون كثيراً من ترك الجريمة تفتك بآلاف الأبرياء . والشريعة الإسلامية هي شريعة الرحمة الحقة بالناس ، والله سبحانه أدرى بما يعالج به خطر بعض المجرمين وهو أرحم بهم .

وقد أدى كل هذا إلى أن يكون تطبيق الحد نادراً جداً في المجتمع الإسلامي ، فقطع اليد مثلاً في السعودية لا يزيد عن حالة واحدة أو حالتين طوال العام .

وأما العقوبات غير المقدرة أو التعزيرات : فهي العقوبات المشروعة على كل معصية أو منكر أو إيذاء لا حد فيه ، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة ، وسواء أكانت الجريمة انتهاكاً للحرمات الدينية والاجتماعية كالأكل في نهار رمضان بغير عذر ، وترك الصلاة ، وطرح النجاسة في طريق الناس ، والاستهزاء بالدين ، والإخلال بالآداب العامة ، أو كانت اعتداء على حق شخصي كأنواع السب والشتم والضرب والإيذاء بأي وجه ، والغش والتزوير والاحتيال ونحوها .

والتعزير يكون إما بالضرب أو بالحبس أو الجلد أو النفي أو التوبيخ أو التغريم المالي ، ونحو ذلك مما يراه الحاكم رادعاً للشخص بحسب اختلاف حالات الناس ، حتى القتل سياسة كما قرر فقهاء الحنفية والمالكية .

والتعزير مفوض للدولة في كل زمان ومكان ، تضع للقضاة أنظمة يطبقونها

---

(١) الدر المختار: ١٥٨/٣ ومابعدها .

بحسب المصلحة . وأغلب العقوبات الوضعية الحديثة تدخل في نطاق التعزير. ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن . ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر بما يحقق المصلحة أو المقصود من العقوبة . وما وضع حدين للعقوبة قانوناً أدنى وأقصى ، أو الحكم مع وقف التنفيذ إلا لون من ألوان المرونة أو العفو عن العقوبة المقررين في التعزيرات .

والشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب ، وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة : « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » لتقريرهم القاعدتين التاليتين :

١ ـ « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » .

٢ ـ « الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة » .

ومصدر هاتين القاعدتين قول الله تعالى : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا ﴾ وقوله جل شأنه : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ .

فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار . ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب فيها على الجرائم التي حدثت أثناءها ، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها .

وقد تضافر القرآن الكريم والسنة النبوية وكتب الفقهاء على بيان المعاصي والمنكرات وتفصيل العقوبات المقررة في الدنيا على الأشخاص . ولا يقبل شرعاً من أي مسلم أو مسلمة الاعتذار بالجهل بأحكام الشريعة ، وعليه أن يتعلم القدر الضروري منها لقوله عليه السلام : « طلب العلم فريضة على كل مسلم » ويعد التقصير في التعليم والتعلم جريمة مستوجبة التعزير .

والعمل بأحكام الشريعة في النطاقين الجزائي والمدني وغيرهما واجب على الدولة والأفراد، ويعد التخلي عن الشريعة إثماً كبيراً وجرماً عظيماً. وليس تطبيق أحكام الشريعة أمراً صعباً أو غير متفق مع ظروف العصر الحديث، وإنما الإعراض عن ذلك نوع من الوهم وفقدان الثقة بالذات وافتتان بأنظمة العصر وبعد جائر عن الشرع.

ولا شك بأن أحكام الشريعة تتطلب إقامة مجتمع إسلامي متكامل في العقيدة والعبادة والسلوك الأخلاقي، وينبغي أن تتجه أنظمة الدولة الدستورية والإدارية والتعليمية والإعلامية إلى العمل بروح الإسلام وأنظمته وآدابه، حتى يسهل تقبل الحكم الشرعي الإلهي عن عقيدة واقتناع وحب واحترام.

ملحق

ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي

لا تتبوأ الأمة مكانتها وتنعم بعزتها بغير الاستقلال الكامل المادي والمعنوي الذي لا أثر فيه للتبعة الفكرية والثقافية والقانونية لأية دولة أخرى .

ولا يكمل الاستقلال الوطني ولا تتحقق أو تنمو ذاتية البلد المطلقة ولا تخطو خطوات بناءه نحوالتقدم والمستقبل المشرق ، محطمة قيود التخلف إلا بالتخلص من كل آثار الاستعمار ورواسبه البعيدة المدى . ومن أولى مهام الحكم المستقل الوطني في سبيل تحقيق تلك الغاية الاعتماد في التقنين في مختلف أنواعه على التراث القومي النابع من البيئة ، والمتجاوب مع تطلعات أبناء البلاد وأهدافهم وعقيدتهم .

فلقد اعترف الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري واضع القانون المدني المصري وغيره في البلاد العربية بأن الفقه والقضاء المصري ضيفان على القضاء الفرنسي ، ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، وطالب بتمصير الفقه ، وجعله فقهاً مصرياً خالصاً نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي ، الاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا أقل عنتاً من أي احتلال آخر .

لذلك كانت أمنية من أغلى الأماني العراض وأعزها لدينا أن يصدر قانون مدني

وغير مدني مستمد كله من أحكام الشريعة الإسلامية . قال الدكتور السنهوري[1] : أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني ، فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور ، وتنطوي عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن .

ومن بدهي القول إعلان أن الشريعة الإسلامية ذات المصدر السماوي الإلهي المستقل لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، أكد ذلك فقهاء القانون في الغرب والشرق ، وعمداء الحقوق في البلاد العربية والأجنبية ، ومؤتمرات القانون المقارن والمحامين الدولية في العصر الحديث[2] .

قال الدكتور السنهوري[3] : « ولا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب ، كالفقيه الألماني كوهلر والأستاذ الإيطالي دلفيشيو والعميد الأمريكي ويجمور وكثيرين غيرهم ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم . وقد أشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، الذي انعقد في مدينة لاهاي في سنة ١٩٣٢ إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية ، الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر .

ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما قررته . ففي هذه الشريعة عناصر

(١) راجع كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : حاشية ص٤٨ .

(٢) انظر قرار مؤتمر القانون المقارن في لاهاي سنة ١٩٣٨ ، ومؤتمر المحامين الدولي في لاهاي سنة ١٩٤٨ ، وتوصيات ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية ، عام ١٩٧٣ ، وبجامعة بغداد عام ١٩٧٤ ، وتوصيات ندوة التشريع الإسلامي في مدينة البيضاء ، ليبيا عام ١٩٧٢ ، وتوصيات مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض عام ١٩٧٦ .

(٣) بحث الدكتور السنهوري فى مجلة نقابة المحامين بدمشق ـ السنة الأولى ـ العدد السابع : ص ٥٠٦ .

لو تولتها يد الصياغة ، فأحسنت صياغتها ، لصنعت منهـا نظريـات ومبـادئ لا تقل في الرقي وفي الشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهيـة التي نتلقـاهـا اليوم عن الفقه الغربي الحديث .

وآتي بأمثلة أربعة اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام : يـدرك كل مطلع على فقـه الغرب أن من أحـدث نظريـاتـه في القرن العشرين : نظريـة التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة ، ومسؤوليـة عـديم التمييز . ولكل نظريـة من هـذه النظريـات الأربـع أسـاس في الشريعـة الإسـلاميـة لا يحتـاج إلا للصيـاغـة والبنـاء ليقوم على أركان قويـة ، ويسـامت نظريـات الفقـه الحديث » .

وقد أحدثت هـذه الصيحـة بـالاعتراف بـالحق دويـاً في نفوس واضعي القوانين العربية ، ولم يعد مقبولاً بحال ترك مصادرنا الفقهية الإسلامية ، وأخـذ قـانون مترجم ترجمة حرفية عن القانون المدني الفرنسي .

وأثمر هـذا الـدوي القوي في أفكار القـانونيين ، فصـدر في دنيـا العرب قـانونـان مـدنيـان مستمـدان من الفقـه الإسلامي ، وهمـا القـانـون المـدني العراقي عـام ١٩٥١ ، والقانون المدني الأردني عام ١٩٧٦ ، وصدر في ليبيـا ـ الثورة إلغـاء صريح فوري لكل مواد القانون المدني المعارضة للشريعة ، وبدئ بوضع قانون جـديـد مستمـد من الفقـه الإسلامي ، كما بدئ في مصر بوضع مشاريع قوانين مدنية وجزائيـة مستمـدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، غير الملتزمة مذهباً فقهيـاً معينـاً ، وإنمـا تـأخـذ من مجموع أحكام المذاهب الإسلامية ـ السنية والشيعية ما يناسب ظروف العصر ، وبدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء الخـارجيـة العرب بوضـع قـانـون مـدني وآخر جـزائي مستمـد من الشريعة الإسلامية منذ عام ١٩٨٠ .

وقد جاء في الأسباب الموجبـة للائحـة القـانون المـدني العراقي المكون من ١٣٨٣

مادة ما يلي : إن قواعد القانون المدني العراقي استمدت من مصادر متباينة ، فبعضها أخذ من الفقه الإسلامي مباشرة ، وبعضها نقل عن الفقه الإسلامي مقنناً في المجلة ، والبعض الآخر هو بقية من القوانين العثمانية العتيقة ، وهذه القوانين بدورها قد اشتقت أحكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي والعرف المحلي .

والكثرة الغالبة من أحكام القانون العراقي قد خرجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين ، واستطاع مشروع هذا القانون أن يجد في غير عناء مادة خصبة في الفقه الإسلامي يصوغ منها طائفة العقود المسماة ، سواء وقع العقد على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض ، أو وقع على المنفعة كالإيجار والإعارة ، أو وقع على العمل كالمقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة .

وجاء في نص البيان الصحفي الذي أعلن به مشروع القانون المدني الأردني المكون من ١٤٤٩ مادة ما يلي :

اعتمدت لجنة واضعية على المراجع والمصادر التالية :

١ ـ مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه .
٢ ـ التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها .
٣ ـ مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .
٤ ـ كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الإسلامي .

وتناول المشروع أحكام المعاملات مستمدة من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائماً مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الأزمان . وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر، وهو يحقق رغبة طالما تمناها كثير من رجال القضاء والقانون وعلى رأسهم المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري .

ويقع المشروع في نحو ١٤٥٠ مادة ، وتستند كل مادة من مواده إلى مآخذها

ونظائرها في القوانين المعاصرة ومرجعها الفقهي في مذكرات إيضاحية تقع في نحو ١٥٠٠ صفحة ، وهي شروح وافية لكل مادة وثروة قانونية لقضائنا ورجال القانون .

فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي أو مادة قانونية ينبغي أن تعيش في البيئة التي تطبق فيها والبلد الذي تنفذ فيه ، مهما كان مصدرها ، لكن يلاحظ أن القانون الأردني لم يجز الفوائد الربوية ، بعكس القانون العراقي الذي أباح الاتفاق على الفائدة بنسبة ٧٪ .

مدى الاعتماد على الشريعة في القانونين المصري والسوري :

القانون المدني السوري الصادر عام ١٩٤٩ وأصله القانون المصري الصادر عام ١٩٤٨ ما يزالان قائمين على أساس من القانون المدني الفرنسي ، إلا أنهما جعلا الفقه الإسلامي (م ١ / ٢) مصدراً رسمياً للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون في قانوننا السوري (ومثله القانون الجزائري الصادر عام ١٩٧٥) وفي المرتبة الثالثة بعد نصوص القانون والعرف والعادة في القانون المصري .

وفي تقديري أن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً احتياطياً في كلا القانونين ليس له فائدة عملية كبيرة ؛ لأن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا استحال عليه الوصول إلى الحكم القانوني من نصوص التشريع ، وهذا احتمال نادر ، لكنه لا شك يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة عملية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية .

فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني ، فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي[1] .

ولكن المفيد التعرف على الأحكام التي استمدها القانون المدني السوري (وأصله

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٤٨ .

المصري) من الفقـه الإسـلامي . وبعض هـذه الأحكام هي مبـادئ عـامـة ، وبعضهـا مسائل تفصيلية[1] :

بعض المبادئ والنظريات العامة المقتبسة من الفقه الإسلامي :

١ ـ النزعة الموضوعية

٢ ـ الأهلية ، ومسؤولية عديم التمييز

٣ ـ نظرية التعسف في استعمال الحق

٤ ـ نظرية الظروف الطارئة

٥ ـ حوالة الدين

٦ ـ لا تركة إلا بعد سداد الدين

بعض الأحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الإسلامي :

١ ـ في عقد البيع (أحكام مجلس العقـد ، البيع بـالصفـة ، تبعـة الهلاك في البيع ـ نظرية تحمل التبعة ، حق الحبس ، الغبن في بيع القاصر ، ضمان العيوب الخفيـة وضمان التعرض والاستحقاق) .

٢ ـ في عقد الإيجار (إيجار الأراضي الزراعية ، غرس الأشجـار في العين المؤجرة ، هلاك الزرع في العين المؤجرة ، المزارعـة ، انقضـاء الإيجـار بمـوت المستـأجر وفسخـه للعذر ، ايجار الوقف) .

٣ ـ حقوق الارتفاق : (حق العلو والسفل ، الحائط المشترك)

٤ ـ أحكام عقد الهبة ـ شكلاً وموضوعاً (تكوين العقد ، محل العقـد ، الرجوع في الهبة)

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٤٦ ، ٤٧ .

٥ـ تصرف المريض مرض الموت

٦ـ أحكام متفرقة (مدة التقادم ، الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده)

بيان أهم المبادئ والنظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي :

١ـ النزعة الموضوعية :

أخذ القانونان المصري والسوري بالنزعة الموضوعية التي تخللت كثيراً من النصوص[(١)] . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح . فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة ، وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها ذاتية محضة ، بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار.

من أمثلة المعايير الموضوعية « عناية الشخص المعتاد » أي أن الشخص مطالب بأن يبذل من العناية في حفظ مال الغير كالوديعة مثلاً ما يبذله عادة في حفظ ماله الخاص .

انظر القانون المدني السوري (المواد ٢١٢ / ١ في الالتزام بعمل ، ٤٨٩ / ٢ في آثار الشركة ، ٥٥١ / ١ في استعمال العين المؤجرة ، ٦٠٧ / ١ التزام المستعير ، ٦٥١ / ١ التزام العامل ، ٦٧٠ / ٢ التزام الوكيل ، ٦٨٦ التزام الوديع ، ٧٠٠ / ١ التزام الحارس ، ١٩٣ / ١ التزام الفضولي ، ١٣٠ / ١ إبطال العقد بسبب الغبن ، ١٤٧ انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص ، ١٧٩ مسؤولية حارس الأشياء ، ٢٢٢ تعويض الضرر ، ٤١٥ / ١ التزام البائع بضمان العيوب الخفية ، ٥٨٠ / ١ استغلال المستأجر الأراضي الزراعية) .

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص٤٧ ، ٩٣ ، ٩٦ .

وهذا المعيار الموضوعي مقرر في الفقه الإسلامي في الأحوال السابقة، فقد قرر فقهاؤنا أنه يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة، كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم[1].

أما الفقه الإسلامي فيقرر مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون مطلقاً عن الإتلافات، قال الحنفية: « الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال »[2] « لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها، لزمه الضمان »[3] وقال المالكية: « إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما باختلاف البلاد والأزمان »[4].

ونصت المجلة على ذلك فيما يأتي: « .... يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير، وإن كان غير مميز » (م ٩٦٠): « إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه » (م ٩١٦) (م ٩١٢).

ولكن لا يكون غير المميز مسؤولاً مسؤولية جنائية عن حوادث القتل، فلا ينفذ في حقه القصاص، وإنما يقتصر على تعزيره بالحبس أو بالتوبيخ ونحوهما.

٢ ـ أحكام الأهلية، ومسؤولية عديم التمييز:

إن أحكام الأهلية (المواد ٤٦ ـ ٥٠، ١٠٩ ـ ١٢٩) مستمدة من الفقه الإسلامي[5]، سواء فيما يتعلق بأهلية التملك أو بمباشرة التصرفات والعقود، ووجود

---

(١) بداية المجتهد: ٣٠٧/٢، وانظر كتابنا نظرية الضمان: ص١٧٧ ـ ١٨٣.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٨/٢، درر الحكام: ٢٧٣/٢

(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٦ ـ ١٥٤، ١٦١، ١٦٥، جامع الفصولين: ١١٣/٢، ١٢٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٩/٢.

(٤) الفروق للقرافي: ٣١/٤.

(٥) نظرية العقد للسنهوري: ٣٢٢/١ ومابعدها.

الحاجة أحياناً إلى النائب الشرعي عن الغير، والحكم ببطلان التصرف بسبب انعدام الأهلية، إلا أن القانون في حالة وجود عيب من عيوب الرضا كالإكراه والتدليس والغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال أي أن العقد قائم وموجود، لكنه عرضة للإبطال من طريق القاضي بناء على طلب صاحب المصلحة في حماية حقه الخاص. وأما في الفقه فيسمى العقد حينئذ غير لازم أي يجوز فسخه من صاحب الحق بمحض إرادته من غير قضاء إلا في حالة وجود التدليس المتضمن إخفاء عيب (خيار العيب) فيحتاج إلى القضاء لتقدير وجود العيب. وقد يسمى العقد المعيب بعيب (كما في حالة الإكراه) غير نافذ أو موقوفاً على الإجازة كما في حالة تجاوز العاقد حدود النيابة المتعارف عليها، إلا أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح منتج لآثاره.

وكذلك أخذ القانون المدني بمبدأ مسؤولية عديم التمييز عن أعماله غير المشروعة التي تسبب ضرراً للغير، مسايرة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب تعويض الضرر الواقع باعتباره واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ أحد أركان المسؤولية المدنية التقصيرية، وهو ما تقرره نظرية تحمل التبعة التي لا تقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، وإنما تكتفي بمراعاة مبدأ « الغرم بالغنم ». وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة ١٦٥ / ٢ : « ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم » أي أن هذه المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مسؤولية مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل[1].

وبهذا يكون ولي القاصر بصفة عامة هو المسؤول عن عمل القاصر أو المجنون على

(١) الوسيط للسنهوري: ص٦٣، النظرية العامة للالتزام للدكتور وحيد سوار: ٢/٧٠.

أساس الخطأ المفترض أو التقصير في الرقابة (راجع المادة ١٧٤) .

وسألقي الضوء إجمالاً على هذه المبادئ والنظريات والأحكام التفصيلية المستمدة من الفقه الإسلامي ، تاركاً الشرح لفقهاء القانون المدني الذين يبينون عادة منشأ هذه الأحكام ، وموطن استمداد المشرع لها .

٣ ـ نظرية التعسف في استعمال الحق :

ليس حق الملكية حقاً مطلقاً ، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بالغير ، فإذا ترتب على استعمال الحق إحداث ضرر بالغير نتيجة إساءة استعمال هذا الحق ، كان محدث الضرر مسؤولاً .

وقد نص القانون المدني السوري على هذا المبدأ في المادتين (٥ ، ٦) « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » (م٥) .

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر » .

ج ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة (م٦) وقد حرص واضعو القانون ـ لدى صياغة النص الذي أورد في هذه النظرية ـ على الاستفادة من القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي[1] ومن أهمها : « تصرف الإنسان في

---

(١) الوسيط للسنهوري: ٨٣٦/١، النظرية العامة للالتزام للدكتور سوار: ص٩٦، الحقوق العينية الأصلية للدكتور سوار: ص٣١١.

خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره » فهذه القاعدة أساس واضح لنظرية منع التعسف في استعمال الحق ، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار[1] .

أما نص المادة (٥) فمأخوذ من المبدأ المقرر في الشريعة المعبر عنه في القاعدة الفقهية الكلية القائلة : « الجواز الشرعي ينافي الضمان » أي أن الفعل المباح شرعاً لا يستوجب الضمان أو تعويض الضرر الذي قد يحدث .

وأما نص المادة (٦) فمستمد من حيث المبدأ من الحديث النبوي المتقدم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين :

الأولى ـ استعمال الحق بقصد الإضرار .

الثانية ـ أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين ، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد ، أم على غير الوجه المعتاد .

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً ، سواء أكان مادياً أم معنوياً ؛ لأن الراجح أن المنافع أموال متقومة ، فإن تعذر ذلك يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقائه أو تجدده في المستقبل .

ويلاحظ أن القانون قصر التعسف على حالات الاستعمال غير المشروع[2] .

أما الحالة الأولى قانوناً فتقابل الحالة الأولى المفهومة من الحديث ، والحالة الثانية تقابل الحالة الثانية المأخوذة من الحديث ، وتتفق مع ما أخذت به المجلة (المادة ١٩ ، ٢٠) ويقتضيه الاستحسان الفقهي . وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستقاة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة ، أو المعاصي والمنكرات الضارة بمصلحة المجتمع ، وأنه

---

(١) راجع تطبيقات القاعدة في نظرية الضمان للمؤلف : ص٢٠٧

(٢) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص٥٣ ومابعدها .

يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صلة اجتماعية في الإسلام .

وقد ذكرت المادة (١١٩٩) من المجلة مبدأ نظرية التعسف : « لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً ، كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني » وفي هذا الفصل وضع معيار الضرر الفاحش (في المادة ١١٩٩) وفي المادة (١٢٠٠) ذكرت أمثلة عديدة عن الأضرار .

٤ ـ نظرية الظروف الطارئة :

لقد نشأت هذه النظرية في نطاق القضاء الإداري ، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة . وهي في أصلها تقوم على فكرة إسعاف المتعاقد للمنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره إلى الهلاك ، فهي تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها[١] . والمصدر الأساسي لهذه النظرية هو مبدأ العدالة الذي يقضي بإزالة الإرهاق عن المدين ، بسبب ظرف طارئ ، لم يكن يتوقعه عند إبرام العقد[٢] .

وقد أخذ بهذه النظرية القانون المدني السوري ، فنص في المادة ١٤٨ / ١ على ما يلي : « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » .

وأردفتها الفقرة الثانية من هذه المادة ، فقررت « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام

---

(١) راجع كتابنا نظرية الضرورة الشرعية : ص٣١٠ ومابعدها .

(٢) نظرية الظروف الطارئة للدكتور الترمانيني : ص١٠٦ .

المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ».

فالنص الثاني يدل على أنه، وإن كان الأصل العام في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين (أو أن المتعاقد عند عقده) ، وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد، فإن وجود الظرف الطارئ يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل.

وبذلك قيد القانون من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد.

وقد أخذ القانون المدني بهذه النظرية استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي - كما قال الدكتور السنهوري[1] - نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة؛ لأن الضرورة توجب إزالة الضرر، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وإنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار.

أما فسخ الإجارة بالأعذار، فقد أجازه فقهاء الحنفية، فقالوا: تفسخ الإجارة بالأعذار؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. والعذر: هو كل ما يكون أمراً عارضاً، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ. والأعذار ثلاثة أنواع[2]:

أ - عذر من جانب المستأجر: كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى؛ لأن

---

(١) الوسيط: ص٤٧، ٨١، نظرية العقد: ٩٦٩/١، مصادر الحق: ٩٦/٦، مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٣٦، السنة السادسة، للسنهوري.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٢/١٦، مختصر الطحاوي: ص١٣٠، البدائع: ١٩٧/٤، الفتاوى الهندية: ١٩٨/٤، ٤٥٨، ٤٦٣، تبيين الحقائق: ١٤٥/٥، رد المحتار: ٥٥/٥.

المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً.

ب ـ عذر من جانب المؤجر: كأن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو الإقرار.

ج ـ عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور: كأن يستأجر شخص حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر. ومثل استئجار مرضع لإرضاع طفل، ثم يأبى الصبي لبنها، أو إمساك الثدي، أو تمرض هي، أو يريد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة.

وأما إنقاص الثمن بسبب الجوائح[1] في بيع الثمار: فقد قرره فقهاء المالكية والحنابلة[2]؛ لأن «النبي ﷺ وضع الجوائح» أو «أمر بوضع الجوائح» وفي رواية: «إن بعت من أخيك تمراً فأصابتها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[3].

ومجمل القول: إن فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار ونحوهما من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام مثل كساد الأوراق النقدية، أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، تعتبر أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها[4].

---

(١) الجوائح: هي الآفات التي تصيب الثمار، فتهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزرع ونحوها من الآفات السماوية.

(٢) بداية المجتهد: ١٨٤/٢، القوانين الفقهية: ص٢٦٢، المنتقى على الموطأ: ٢٣١/٤، الشرح الكبير للدردير: ١٨٢/٣، المغني: ١٠٤/٤، أعلام الموقعين: ٣٣٧/٢ ومابعدها.

(٣) الحديث الأول رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن جابر، والأمر بوضع الجوائح رواية مسلم، والرواية الثالثة عند مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه (نيل الأوطار: ١٧٨/٥، موطأ مالك: ١٢٦/٣، سنن أبي داود: ٢٤٨/٢).

(٤) كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص٣٢٤.

٥ ـ حوالة الدين :

أخذ القانون المدني (في المواد ٣١٥ ـ ٣٢١) بمبدأ حوالة الدين جرياً على سنن التقنينات الحديثة والفقه الإسلامي الذي نظم حوالة الدين تنظيماً محكماً دقيقاً[1] .

وتتم حوالة الدين قانوناً إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين ، دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة .

ولم يجز التشريع الروماني حوالة الدين وحوالة الحق ، لتأثره بالنظرية الشخصية في طبيعة الالتزام ، ومقتضاها أن لأحد الطرفين سلطة شخصية على الآخر ، يحق للدائن بموجبها إجبار المدين على إيفاء دينه بالإكراه البدني كالحبس والمضايقة .

ثم اتجه التشريع الألماني إلى الأخذ بالنظرية المادية التي تعتبر الالتزام علاقة مادية بحتة ، فلا تجيز الإجبار ، وإنما يبحث الدائن عن مال المدين ، فإن عثر عليه ، أمكن استيفاء الحق منه بواسطة القضاء .

أما التشريع الإسلامي فقد اعتبر الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين ، وإما بعمله كما في الأجير ، ولكن يرافق هذا الالتزام سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه ، منعاً من قيام المكلف بإخفاء ماله ، أو امتناعه عن عمله . ويجوز للقاضي الحكم بحبس المدين أو الأجير تعزيراً بناءً على طلب الدائن ، ليحمله على الوفاء بالتزامه . ولا يجوز للدائن أن يمارس شيئاً من هذه الضغوط على المدين بسلطته

---

(١) الوسيط للسنهوري : ص٦١ .

الشخصية وإنما من طريق القضاء[1] .

وقد وقف التقنين المدني المصري والسوري موقف الاعتدال في النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام ، فلم يغرق في الأخذ بالمذهب المادي ، ولكنه من جهة أخرى سجل ماتم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية[2] . وهذا هو اتجاه الفقه الإسلامي .

وحوالة الدين عند فقهاء الحنفية : هي نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم[3] . وعرفها غير فقهاء الحنفية بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[4] . فالحوالة عند الحنفية يترتب عليها براءة مؤقتة من الدين ، ويجوز للمحال العودة إلى مطالبة المحيل بالدين في حال إفلاس المحال عليه في رأي صاحبي أبي حنفية ، أو في حال موت المحال عليه مفلساً ، أو عند جحوده أو انكاره الحوالة . وعند غير الحنفية يبرأ المحيل براءة نهائية بالحوالة ، إلا إذا وجد تغرير كالإحالة على مفلس ، فيجوز عند المالكية الرجوع على المحيل . كما يجوز الرجوع عندهم حال اشتراط يسار المحال عليه .

وتنعقد الحوالة عند الحنفية : بإيجاب وقبول ، إيجاب من المحيل ، وقبول من المحال والمحال عليه ، أي أنه لابد من رضا المحيل والمحال عليه . أما رضا المحيل فطلوب ؛ لأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ماعليهم من الدين . وأما رضا المحال فلابد منه ، لأن الدين حقه ، وهو في ذمة المحيل ، والدين هو الذي ينتقل بالحوالة ، والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل ، فلابد من رضاه ، وإلا لزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوفيه .

وأما رضا المحال عليه فضروري لأنه الذي يلزمه الدين ، ولا لزوم إلا بالتزامه ،

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقاء : ص٥٥/ف٢٨ .

(٢) الوسيط للسنهوري : ص٨٢ .

(٣) فتح القدير مع العناية : ٤٤٣/٥ ، الدر المختار : ٣٠٠/٤ ، مجمع الضمانات : ص٢٨٢ .

(٤) الشرح الكبير للدردير : ٣٢٥/٣ ، مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ، المغني : ٥٢٨/٤ .

وكونه مديناً لا يمنع من تغير صفة الالتزام ؛ لأن الناس يتفاوتون في اقتضاء الدين سهولة ويسراً ، أو صعوبة وعسراً .

وقال الحنابلة والظاهرية : يشترط رضا المحيل فقط ، وأما المحال والمحال عليه فيلزمهما قبول الحوالة ، عملاً بالأمر الوارد في الحديث النبوي المفيد للوجوب ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتْبَع »[١] وفي رواية : « ومن أحيل على مليء فليحتل » .

وقال المالكية في المشهور عندهم ، والشافعية في الأصح عندهم : يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط ؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء ، فلا يلزم بجهة معينة . وحق المحال في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت في الأداء والقضاء .

ولا يشترط عند هؤلاء رضا المحال عليه ، لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ، والأمر هو مجرد تفويض بالقبض فلا يعتبر رضا من عليه ، كما لو وكل إنسان غيره بقبض دينه[٢] .

والخلاصة : أن رضا المحيل مشروط في كل المذاهب ، وأما رضا المحال والمحال عليه ، ففيه اختلاف اجتهادي بين المذاهب .

نوعا الحوالة :

الحوالة نوعان متميزان بحسب صفة المحيل ، فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .

---

(١) المطل بالدين : المماطلة به ، والمليء : الغني ، وأصله الواسع الطويل ، والحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة . والرواية الثانية « فليحتل » عند أحمد (نيل الأوطار : ٥/٢٣٦) .

(٢) سيأتي تفصيل القول في بحث الحوالة .

فحوالة الحق : هي نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو حلول دائن محل دائن بالنسبة للمدين . فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة ، لا بعين ، كانت الحوالة حوالة حق . والدائن فيها هو المحيل ، إذ هو يحيل غيره ليستوفي حقه .

وحوالة الدين : هي تبدل المدين بالنسبة للدائن أي تبدل مدين بمدين ، والمحيل فيها هو المدين ، إذ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه ، وهي مشروعة باتفاق العلماء ، عملاً بالحديث النبوي المار ذكره .

وحوالة الحق جائزة أيضاً باتفاق المذاهب الأربعة ، وليس فقط عند غير الحنفية ، كما فهم بعض أساتذة القانون والشريعة[1] ؛ لأن حوالة الدين عند الحنفية والشيعة نوعان : مطلقة ومقيدة . وأما غير الحنفية فلم يتصوروا غير الحوالة المقيدة .

أما الحوالة المطلقة : فهي أن يحيل شخص غيره بالدين على فلان ، ولا يقيده بالدين الذي عليه ، ويقبل المحال عليه . نصت المادة (٦٧٩) من المجلة على ذلك بقولها : « الحوالة المطلقة : هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه » .

وأما الحوالة المقيدة : فهي أن يحيل شخص غيره على آخر ، ليستوفي منه دينه ، ويقيده بالدين الذي له عليه . جاء في المادة (٦٧٨) من المجلة : « الحوالة المقيدة : هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه ، أو في يده » .

والحوالة المقيدة المشروعة باتفاق الفقهاء تتضمن حوالة حق ، إذ يكون الإنسان فيها مديناً لشخص ، ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه ، فهي حوالة حق ودين في وقت واحد .

---

(١) انظر الوسيط للسنهوري : ص٦١ ، ٦٤ .

أما الحوالة المطلقة فهي حوالة دين فقط، إذ يحيل بها المدين دائنه على آخر، فيتبدل فيها المدين، ويبقى الدائن هو نفسه.

ومن صور حوالة الحق ضمن الحوالة المقيدة: أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر. ويحيل صاحب الحق في ريع الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر. ويحيل الغانم حقه من الغنيمة المحرزة على الإمام. ففي كل هذه الأمثلة حل دائن جديد ـ وهو المحال ـ محل الدائن الأصلي، وهو البائع، أو المرتهن، أو الزوجة، أو مستحق غلة الوقف، أو الغانم.

هذا ويرجع في أحكام الحوالة الأخرى من أهلية وتنظيم علاقات أطراف الحوالة إلى كتب الفقه الإسلامي، فهي غنية بالمراد.

٦ ـ لا تركة إلا بعد سداد الدين:

وضع التقنين المدني السوري وأصله المصري نظاماً لتصفية التركة مؤلفاً من ٣٩ مادة (المواد ٨٣٦ ـ ٨٧٥) مستمداً من أحكام الفقه الإسلامي[(١)]، حتى يتسلم الورثة تركة المتوفى خالية من الديون، ما دامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها[(٢)].

وأصل هذه القاعدة الأول ما تضمنته آيات المواريث في أربعة مواطن في الآيتين ١١ ـ ١٢ من سورة النساء: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ أي أن توزيع الإرث بين المستحقين على النحو الذي وضعه القرآن الكريم يكون عقب إيفاء الديون المتعلقة بالتركة، وتنفيذ الوصايا المشروعة.

وقد رتب الفقهاء الحقوق المتعلقة بالتركة على النحو التالي[(٣)]:

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٦٢، مصادر الحق للسنهوري: ٥/٨٧.

(٢) وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد على نظام المواريث في المواد ٢٦٠ ـ ٣٠٨.

(٣) شرح السراجية: ص ٣ ـ ٧، نظام المواريث للشيخ عبد العظيم فياض: ص ٣٨ وما بعدها، أحكام المواريث للشيخ عيسوي: ص ١١ وما بعدها.

١ ـ نفقات التكفين والتجهيز للدفن بلا تبذير ولا تقتير.

٢ ـ قضاء ديون المدين من جميع مال التركة .

٣ ـ تنفيذ الوصايا الموصى بها قبل الموت من ثلث التركة .

٤ ـ توزيع الباقي من المال بين الورثة الذين ثبت إرثهم بالقرآن والسنة وإجماع الأمة .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري ، فقد عدل عن هذا الترتيب إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل والظاهرية وجماعة كما نصت المادة (٢٦٢) :

١ ـ يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي :

أ ـ ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .

ب ـ ديون الميت .

جـ ـ الوصية الواجبة .

د ـ الوصية الاختيارية .

هـ ـ المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون .

٢ ـ إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتي :

أ ـ استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

ب ـ ما أوصي به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

٣ ـ إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة ، أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

وبما أن قانون الأحوال الشخصية هو المعمول به في سورية ، فتطبق على التركة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتعيين الورثة ، وتقدير أنصبتهم ، وبيان وقت انتقال التركة إلى الورثة . وقد أخذ التقنين المدني فيما نص عليه بالمبادئ الأساسية المعمول بها في الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة وذلك في انتقال أموال التركة إلى الورثة ، وفي

حق الورثة في التصرف في هذه الأموال ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، فنصت المادة (٨٣٦) من القانون المدني على ذلك : « أ ـ تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال » .

لكن متى يتم انتقال التركة إلى الورثة ؟ هل يكون وقت موت المورث ، أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون ؟

أخذ التقنين المدني بالمبدأ الفقهي الإسلامي الذي يقرر أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها ، فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون[1] . وهذا هو مذهب الشافعية .

وللفقهاء آراء ثلاثة في هذا الموضوع **أي تحديد وقت انتقال التركة إلى الورثة** أو بيان المراد من « لا تركة إلا بعد سداد الدين » .

الرأي الأول للمالكية : تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة ، أم لم يكن مستغرقاً لها ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ . وعليه يكون نماء أعيان التركة بزيادتها المتولدة منها ملكاً للميت ، كما أن نفقات أعيان التركة من حفظ وصيانة ومصروفات حمل ونقل وطعام حيوان تكون على التركة .

الرأي الثاني للشافعية ، والحنابلة (في أشهر الروايتين) : تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها ، كما يتعلق الرهن ، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وعليه يكون نماء أعيان التركة

---

(١) مصادر الحق للسنهوري : ٥/٨٨ ، ط ثالثة .

للورثة ، وعليهم ما تحتاجه من نفقات ، عملاً بالحديث النبوي : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته » .

الرأي الثالث للحنفية : يميز بين ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أو كانت غير مستغرقة (أي محاطة) بالدين . فإن استغرق الدين أموال التركة ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ، ولا تنتقل إلى ملك الورثة . وأما إن كان الدين غير مستغرق ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال .

فالاحتمال الأول من مذهب الحنفية يوافق مذهب المالكية ، والاحتمال الثاني يوافق مذهبي الشافعية والحنابلة .

وأما تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين : فإنه يجوز في القانون المدني ، ولكن التصرف خاضع لحقوق الدائنين ، فلهم تتبع العين المتصرف فيها في يد الغير ، بعد تأشيرهم بالدين أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين ، وإخضاع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه في القانون ، يقوم مقام التأشير بالدين .

وللفقهاء آراء في تصرف الورثة :

قال الحنفية والشافعية ، والمالكية (في رأي عندهم) : يكون تصرف الوارث في أموال التركة المدينة باطلاً . والرأي الثاني عند المالكية يجيز تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين إذا لم يتضرر الدائن به .

وقال الحنابلة (في أشهر الروايتين) : يصح تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين ، ولزمهم أداء الدين ، فإن أدوه نفذ ، وإن لم يؤدوه فسخ .

بيان بعض الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي :

أخذ التقنين المدني السوري والمصري طائفة من الأحكام من الفقه الإسلامي ، دون تقيد بمذهب معين ، وهذا صنيع حسن ، إذ الأخذ بأي مذهب إسلامي أفضل بكثير من أخذه من أي مصدر أجنبي . وسأذكر بعض هذه الأحكام :

أولاً ـ في عقد البيع :

وردت أحكام كثيرة في تنظيم عقد البيع في التقنين المدني مستمدة من الفقه الإسلامي ، منها :

١ ـ أحكام مجلس العقد :

نصت المادة (٩٥) على ما يلي : « ١ ـ إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل .

٢ ـ ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » .

دلت هذه المادة على أحكام تتعلق بمجلس العقد : وهي جواز الرجوع عن الإيجاب الموجه قبل صدور القبول الفوري من القابل . ولا يشترط القبول الفوري ، وإنما يكفي حدوثه مادام مجلس العقد قائماً بأن لم يحدث إعراض عنه أو انشغال بغيره . وهذه الأحكام تتفق مع ما عرفناه من مذهب الحنفية في تكوين العقد .

قال الدكتور السنهوري : ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ،

بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد، ويبقى فيها الموجب على إيجابه. وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد[1].

٢ ـ البيع بالصفة أو بالعينة (النموذج):

أجاز القانون المدني البيع بالصفة، إذا ذكرت أوصاف المبيع الأساسية، فنصت المادة (٣٨٧) على ما يلي: «١ ـ يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه». ونصت المادة (٣٨٨) على جواز البيع بالنموذج: «إذا كان البيع (بالعينة) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها».

وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي الذي يشترط أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين. وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء[2].

وتحصل المعرفة برؤية المبيع حال العقد، أو رؤية بعضه (رؤية الأنموذج) أو بيان أوصافه الأساسية. وقد أجاز البيع بالصفة فقهاء الحنفية والمالكية، والحنابلة (في الأظهر) والظاهرية، والزيدية والإمامية وفي قول عند الإباضية[3].

جاء في المادة (٣٢٠) من المجلة: «من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه: إن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار: خيار الرؤية».

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٢١٥.

(٢) الأموال ونظرية العقد في الفقه لأستاذنا الدكتور محمد يوسف موسى: ص ٣١١ وما بعدها.

(٣) سيأتي مزيد بحث لذلك في عقد البيع.

وفي المـادة (٣٢٤) : « الأشيـاء التي تبـاع على مقتضى أنموذجهـا تكفي رؤيـة الأنموذج منها فقط » .

ويثبت للمشتري عند فقهائنا حق خيار الوصف بعد رؤية المبيع ، فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شـاء رده ، سواء أكان موافقـاً للصفـة أم لا ، وهـذا لا يتفق مع القـانون . وقال المالكية ورأيهم هو المتفق مع القانون[1] : إذا جـاء المبيع على الصفـة صـار العقـد لازماً . لكن القانون رغم محاولته التوفيق بين خيـار الرؤيـة المقرر في الشريعـة وبين مبادئ القانون العامـة ، فقـد خـالف الفقـه الحنفي في الاكتفـاء بوصف المبيع وصفـاً كافيـاً ، وفي إسقـاط حـق المشتري إذا ذكر أنـه عـالم بـالمبيـع ، وفي حصر حـق المشتري بإبطال البيع عن طريق القاضي ، لا فسخه بدون تقاض أو تراض .

٣ـ تبعة هلاك المبيع :

يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يـد للبـائع فيـه . وينفسخ البيع حـالـة الهلاك الكلي . ويجوز للمشتري طلب فسخ البيع حالة الهلاك الجزئي . وهذا هو المنصوص عليه في المـادتين (٤٠٥ ، ٤٠٦) من القـانون المدني .

نصت المـادة (٤٠٥) على مـا يلي : « إذا هلـك المبيـع قبـل التسليم لسبب لا يـد للبائع فيه ، انفسخ البيع ، واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعـذار المشتري لتسلم المبيع » .

ونص المادة (٤٠٦) هو : « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسلم لتلف أصـابـه ، جـاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » .

---

(١) قال فقهاء القانون : البيع بالعينة : هو بيع بات من الوقت الذي اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الـذي تم البيع على أساسه ، راجع العقود المسماة للدكتور عبد المنعم البدراوي : ص ١٦١ ، ط أولى .

وهذه الأحكام في جملتها مستقاة من الفقه الإسلامي ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم ، فإن البائع (أي المدين) الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم هو الذي يتحمل تبعة الهلاك ، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي . وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٣) من مجلة الأحكام العدلية ونصها : « المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » .

وإذا كان ذلك هو المقرر في عقد البيع ، وهو أيضاً المقرر في عقد الإيجار بأن الهلاك على المدين (المؤجر في إجارة المنافع ، والأجير في إجارة الأعمال) ، فإن الفقه الإسلامي يكون قد أخذ **بنظرية تحمل التبعة** المعروفة لدى القانونيين(١) .

٤ ـ حق البائع في حبس المبيع :

أجاز القانون المدني للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري رغم حلول أجله ، إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن كله أو بعضه ، وذلك هو الحق في حبس المبيع ، نصت المادة (٤٢٧) على ذلك فيما يأتي : « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع » .

وإعطاء البائع حق الحبس مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي ، قال الحنفية : يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أو بعضه . ولا يسقط حق الحبس حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن(٢) .

وذكرت المجلة المواد المتعلقة بحبس المبيع (من ٢٧٨ ـ ٢٨٤) ، نصت المادة (٢٧٨)

---

(١) راجع رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص ١٤٤ وما بعدها، وكتابنا نظرية الضمان : ص ١٤٨ ، ١٦٥ ، ١٦٩ ، العقود المسماة للدكتور البدراوي : ٤٢٢/١ وما بعدها .

(٢) المبسوط : ١٩٢/١٣ ، البدائع : ٢٤٩/٥ ، رد المحتار : ٤٤/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٧٧ ، العقود المسماة للبدراوي : ٤٢٠/١ .

على ما يلي : « في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل ، للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن » .

٥ ـ الغبن في بيع عقار القاصر :

إذا اشتمل بيع عقار لغير كامل الأهلية بسبب الصغر أو الجنون مثلاً على غبن فاحش يزيد على الخمس ، جاز للبائع طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، بأن صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه[1] ، وهذا نص المادة (٣٩٣ مدني) :

« ١ ـ إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ ـ ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » .

أخذ هذا الحكم من الفقه الإسلامي[2] ، فقد أجاز فقهاء الحنفية فسخ البيع بسبب الغبن الفاحش وحده بدون أن ينضم إليه تغرير ، وذلك في أحوال هي : « حقوق اليتيم والوقف ، وبيت المال » .

وضابط التمييز بين الغبن اليسير أو القليل وبين الغبن الفاحش أو الكثير هو أن الغبن اليسير : ما يدخل تحت تقويم المقومين . والغبن الفاحش : هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين[3] .

لكن المادة (١٦٥) من المجلة قدرت الغبن بما يأتي ، وهو رأي متأخري فقهاء الحنفية : « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في

---

(١) راجع العقود المسماة للدكتور البدراوي : ١/٢١٨ وما بعدها .

(٢) الوسيط للسنهوري : ص ٤٦ .

(٣) البدائع : ٦/٣٠ .

الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة » . ولا مانع فقهاً من تقدير الغبن الفاحش بما أخذ به القانون أي بما يزيد عن الخمس وهو رأي نصر بن يحي من الحنفية[1] .

٦ـ ضمان العيوب الخفية ، وضمان التعرض والاستحقاق :

يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع ، لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب ، وسلامته من حقوق الغير (ضمان الدَّرَك[2] أو ضمان التعرض والاستحقاق) ، دون حاجة إلى شرط ؛ لأن العيب ضرر لا يقتضيه العقد ، والضرر مرفوع ، عملاً بالحديث النبوي : « لا ضرر ولا ضرار» ، ولأن المفروض في البيع سلامة المبيع من كل علاقة للغير به .

فإذا وجد عيب في المبيع جاز فسخ العقد ، فيتخير المشتري بين أمرين : إن شاء فسخ البيع ورد المبيع ، وإن شاء أمسكه بكل الثمن ، وليس له إسقاط شيء من الثمن دون رضا البائع .

وإذا ظهر كون المبيع مستحقاً لغير البائع أصبح البيع متوقفاً على إجازة المستحق ، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ، ويأخذ المستحق الثمن من البائع . وإن لم يجز المستحق البيع انفسخ البيع السابق ، ويلتزم البائع للمشتري رد الثمن[3] .

وقد أخذ القانون المدني أحكام ضمان العيوب الخفية ، من الفقه الإسلامي ، كما أنه من حيث المبدأ أخذ أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من هذا الفقه أيضاً[4] مع مراعاة المبادئ القانونية التي تجيز الفوائد عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وتوجب تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

---

(١) البدائع : المرجع السابق .

(٢) ضمان الدَّرَك : هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه ، وتحمل تبعة الاستحقاق عند ظهور حق فيه لأحد .

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٩٧ ـ ١١٦ .

(٤) راجع العقود المسماة للدكتور البدراوي : ١/ ٤٣٣ وما بعدها .

ونصت المواد (٤١٥ ـ ٤١٩) مدني على ضمان العيوب الخفية ، كما نصت المواد (٤٠٧ ـ ٤١٤) على ضمان التعرض والاستحقاق .

أما المادة (٤١٥) فهي : « ١ ـ يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ، ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ ـ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » .

وقد نصت المواد (٣٣٦ ـ ٣٥٥) من مجلة الأحكام العدلية على أحكام ضمان العيوب الخفية تحت عنوان (خيار العيب) . أما المادة (٣٣٦) فهي : « البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم ، يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب » .

ونص المادة (٣٣٧) هو : « ما بيع بيعاً مطلقاً إذا ظهر به عيب قديم ، يكون المشتري مخيراً : إن شاء رده ، وإن شاء قبله بثمنه المسمى ، وليس له أن يمسك المبيع ، ويأخذ ما نقصه العيب ، وهذا يقال له خيار العيب » .

وأما المادة (٤٠٧) مدني التي تنص على **مبدأ ضمان تعرض الغير في الانتفاع** فهي : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو ، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد

البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ونصت المادة (٤٠٨) على التزام البائع المزدوج أي المكون من التزامين في حال استحقاق المبيع :

الأول : التزام الدفاع عن المشتري في الدعوى القائمة بينه وبين الغير. والثاني : التزامه بتعويض المشتري إذا لم يمكن توقي الاستحقاق . والالتزام بالضمان : التزام بعمل ، والأصل أنه يجب تنفيذه عيناً ما دام التنفيذ العيني ممكناً . فإذا لم يمكن التنفيذ العيني لم يكن أمام البائع سوى التنفيذ بطريق التعويض .

ثانياً - في عقد الإيجار :

اقتبس التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بعض أنواع الإيجار، وبعض أحكام إجارة المنافع ، منها ما يأتي :

١ - إيجار الأراضي الزراعية :

ورد النص على إيجار الأراضي الزراعية في المواد التالية (٥٧٧ - ٥٨٥) حدد فيها التزامات المؤجر بتسليم أدوات الزراعة لإقامة المباني والتزام المستأجر لاستغلال الأرض طبقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وبالقيام بإجراءات الإصلاح التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة وتحديد مدة الإيجار بالدورة الزراعية السنوية وبقاء المستأجر في العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار بسبب قاهر حتى تنضج الغلة بالأجر المناسب . وهذا النوع من العقود إجارة بالنقود في الذمة أو معينة .

وهي أحكام مقررة في الفقه الإسلامي وقد ورد النص على بعضها في المجلة ، نصت المادة (٥٢٤) مجلة على ضرورة تعيين نوع الزرع : « من استأجر أرضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على أن يزرع ما شاء ، فإجارته فاسدة ، ولكن لو عين قبل الفسخ ، ورضي الآخر تنقلب إلى الصحة » .

ونصت المادة (٥٢٥) على الدورة الزراعية : « من استأجر أرضاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتائياً » .

ونصت المادة (٥٢٦) على بقاء المستأجر في الأرض بعد انتهاء العقد : « لو انقضت مدة الإيجار قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض إلى إدراكه ، ويعطي أجرة المثل » .

٢ ـ هلاك الزرع في العين المؤجرة :

نصت المادة (٥٨٣) مدني على أن هلاك الزرع يسوغ طلب إسقاط الأجرة :

« ١ ـ إذا بذر المستأجر الأرض ، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة .

٢ ـ أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع ، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة .

٣ ـ وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من أي طريق آخر» .

وهذا النص تطبيق لأثر القوة القاهرة (الآفة السماوية) المبني على نظرية الضرورة الشرعية والذي يترتب عليه سقوط الالتزام بدفع المقابل (الأجرة أو الثمن) إذا تلف الشيء المعقود عليه . قال الحنفية : إذا انقطع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً ، يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة[١] ، وجاء في الحديث النبوي : « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه »[٢] .

---

(١) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص ١٦٤ ، وكتابنا نظرية الضرورة الشرعية : ص ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس بلفظ : «إذا منع الله الثمرة ، فبِمَ تستحل مال أخيك» (نيل الأوطار : ١٧٣/٥) .

٣ ـ غرس الأشجار في العين المؤجرة :

ورد النص على هذه القضية في المادة (٥٥٩) مستمداً من الفقه الإسلامي ، وقد تضمنت الفقرة الأولى إلزام المؤجر نفقة ما ترتب على البناء أو الغرس من تحسينات إذا حدث ذلك بموافقة المؤجر ، وتضمنت الفقرة الثانية ما يلي :

« ٢ ـ فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون موافقة المؤجر ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة ، إن كان للتعويض مقتض » .

وهذا الحكم مقتبس من الفقه الإسلامي ، فقد ألزم فقهاء الحنفية المستأجر بعد انقضاء مدة الإيجار بقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة[1] . وجاء في المادة (٥٣١) من المجلة ما يؤيده : « لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة ، فالآجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء والشجرة ، وإن شاء أبقاهما ، وأعطى قيمتهما كثيرة كانت أو قليلة » . ونصت المادة (٥٣٢) بعدها على ضمان الضرر : « إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير عنهما على المستأجر » .

٤ ـ المزارعة :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، ببعض الناتج ، وهو إجارة الأرض ببعض ما يخرج منها . وهو عقد مقرر في الفقه الإسلامي ، أخذت منه أحكامه المعمول بها في القانون المدني (في المواد ٥٨٦ ـ ٥٩٤) .

ونص المادة (٥٨٦) هو ما يلي : « يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول » .

---

(١) اللباب في شرح الكتاب للميداني : ٢/٩٠ .

قال الحنفية[1] : يصح استئجار الأرضين للزراعة على أي مدة كانت طالت أو قصرت ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً .

٥ ـ انقضاء الإيجار بموت المستأجر :

ورد النص على انتهاء عقد الإيجار بالموت في المادة (٥٦٨) مدني وما بعدها :

« ١ ـ لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ ـ ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (٥٣١) ، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر » .

ونص المادة (٥٦٩) هو : « إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد » .

دل النص على أنه لا ينتهي عقد الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر عملاً بما قرره جمهور فقهاء الإسلام غير الحنفية ، واستثنى النص حالتين ينقضي بهما الإيجار بموت المستأجر هما :

١ ـ حالة صيرورة أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موارد ورثة المستأجر ، أو أن الإيجار أصبح يجاوز حدود حاجتهم .

٢ ـ إذا كان الإيجار قد عقد بسبب حرفة المستأجر كعيادة طبيب أو صيدلية .

---

(١) اللباب في شرح الكتاب : ٢/٨٨.

ويمكن تسويغها بما قرره الحنفية من انتهاء الإجارة بموت أحد العاقدين .

٦ ـ انتهاء الإيجار للعذر :

أخذ المشرع المدني عن الفقه الإسلامي فكرة فسخ الإيجار للعذر ، فنص في المادة (٥٧٥) على أنه :

« ١ ـ إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (٥٣١) ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً .

وهذا النص يشير إلى عذر خاص بالمستأجر ، أو المؤجر ، يجيز طلب فسخ الإيجار بسبب العذر بشرطين :

١ ـ أن تكون الإجارة معينة المدة ، فإن لم تكن معينة جاز لأي طرف إنهاؤها قبل نهاية أي فترة دفعت أجرتها .

٢ ـ أن يطرأ ظرف خطير من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقاً لأحد الطرفين ، كأن يترك المحامي الذي استأجر مكتباً مهنته لمرض أو منع قانوني من ممارسة المهنة . أو تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل القيام ببناء التزم المؤجر بإقامته مرهقاً له .

وقد عرفنا سابقاً أن الحنفية أجازوا فسخ الإجارة بالأعذار ، وإن وقعت الإجارة صحيحة لازمة[1] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢ / ٥٣٣ .

٧ـ إيجار الوقف :

نص القانون المدني في المواد (٥٩٥ ـ ٦٠١) على أحكام إيجار الوقف مستمدة من الفقه الإسلامي ، ومن أخصها ما نصت عليه المادة (٥٩٨) : « لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه ، لا في حق من يليه من المستحقين » .

وقد نصت المادة (٢٥٦) من المجلة على مبدأ الفسخ بسبب الغبن : « إذا وجد غبن فاحش في البيع ، ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون أن يفسخ البيع ، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم » .

ثالثاً ـ حقوق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول (م ٩٦٠) مدني . وهو أحد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية . والارتفاقات تختلف فيما بينها من حيث موضوعها . فهناك ارتفاق بالمجرى ، وارتفاق بالمرور ، وارتفاق بالصرف ، وارتفاق بالمطل ، ونحو ذلك . والارتفاق إما أن يكون طبيعياً ، أو قانونياً أي يقرره القانون ، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور .

وقد أخذ القانون المدني بطائفة من أحكام الارتفاق من الفقه الإسلامي من أهمها حق العلو والسفل ، وأحكام الحائط المشترك .

ففي حق العلو والسفل نصت المادة (٩٦٣) مدني على حق إسالة الماء سيلاً طبيعياً من الأراضي العالية . وأوجب القانون بعض التزامات على صاحب السفل وصاحب العلو في ضمن القيود الواردة على حق الملكية ـ ملكية الطبقات ، نصت على ذلك المادة (٨١٤) :

« ١ ـ على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢ ـ فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة ». ونصت المادة (٤١٥) على التزام صاحب السفل بإعادة بناء سفله إذا انهدم فإن امتنع جاز لصاحب العلو إعادة البناء على نفقة صاحبه، ولصاحب العلو منع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته.

ومضمون هاتين المادتين مستمد من الفقه الإسلامي[1].

والقانون المدني بالإضافة إلى المعايير الثلاثة السابقة لبيان حد المشروعية في استعمال الحقوق (التعسف في استعمال الحق م ٥ و٦) أقر معياراً آخر لمضار الجوار غير المألوفة لبيان حد المشروعية في استعمال حق الملكية[2] ومنه حق العلو والسفل، في المادة (٧٧٦) ونصها ما يأتي:

« ١ ـ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢ ـ وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق ». وهذا النص تطبيق لنظرية التعسف، وأقرب إلى تكييف الفقه الإسلامي الذي اعتمد عليه القانون المدني في صياغة نظرية عامة للتعسف.

وقد نصت المجلة على مضار الجوار غير المألوفة في المواد (١١٩٨ ـ ١٢١٢) ونص

---

(١) تحفة الفقهاء: ٢/٣١٤ وما بعدها، الأموال ونظرية العقد، يوسف موسى: ص ١٨٢.

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور وحيد سوار: ص ٣١٤ وما بعدها.

المادة (١١٩٨) هو ما يلي : « كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً » . وحددت المادة (١١٩٩) الضرر الفاحش بقولها : « والضرر الفاحش : كل ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه » .

وأما **الحائط المشترك** فقد نص القانون المدني على أحكامه أثناء بيان أحوال الارتفاق القانوني ، فوضع قيوداً على المالك في استعمال أجزاء أرضه ، ففي الحائط المشترك ليس لأحد الجارين أن يفتح فيه مطلات أو مناور ؛ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط ، وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما . ويستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وبالقدر الذي يحتمله كالاستناد المألوف عليه (انظر المادة ٩٧٤ ، و ٩٧٠ وما بعدها) .

وهذا كله من الفقه الإسلامي عملاً بقاعدة : « الضرر يزال »[1] نصت المادة (١٢٠٢) من المجلة على ذلك فيما يأتي : « رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار أو المطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً ، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فإنه يؤمر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبوراً لدفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلة (حاجز خشبي) ، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية ، كما إذا عمل ساتراً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره ، فإنه يؤمر بسد محلات النظر ، ولا يجبر على هدمه ، وبناء حائط محله ، انظر المادة ٢٢ وهي « الضرورات تقدر بقدرها » .

---

(١) كتابنا نظرية الضمان : ص٢٠٥ .

رابعاً ـ عقد الهبة :

استمد التقنين المدني في المواد ٤٥٤ ـ ٤٧٢ الأحكام الموضوعية لعقد الهبة من الفقه الإسلامي ، وعلى التخصيص من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا حيث قننت هذه الأحكام . ولكن التقنين أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالرجوع في الهبة إذ قيد هذا الحق بقيام عذر مقبول (المادة ٤٦٨) ، وضرب أمثلة على العذر المقبول من التقنينات الأجنبية (المادة ٤٦٩) . وذلك مع نقل أحكام موانع الرجوع في الهبة عن الفقه الحنفي[١] (المادة ٤٧٠) وبذلك أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام ، على النحو الذي يقرره جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ، الذين يعدون عقد الهبة عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه إلا في هبة الوالد لولده ، بعكس الحنفية الذين يعتبرون الهبة عقداً غير لازم ، يجوز فسخه والرجوع عنه[٢] .

شكلية الهبة : في الناحية الشكلية اشترط القانون لصحة الهبة كونها بسند رسمي ، نصت المادة (٤٥٦) على ما يأتي :

« ١ ـ تكون الهبة بسند رسمي ، وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ ـ ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى سند رسمي » . والسبب في اشتراط الرسمية هو تنبيه الواهب إلى خطورة تصرفه ، وتوفير أسباب الحرية له في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل .

كذلك اشترطت المادة (٤٥٨) الرسمية في الوعد بالهبة فقررت : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بسند رسمي » .

---

(١) دروس في العقود المدنية لأستاذنا الدكتور أكثم الخولي : ص٩ .

(٢) سيأتي تفصيل القول في حكم الهبة .

لكن بالرغم من أن رسمية الهبة تتعلق بالنظام العام ، ويكون جزاؤها البطلان ، فقد اعتبر القانون التنفيذ الاختياري بديلاً عاماً عن الرسمية . نصت المادة (٤٥٧) على أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » ويتضح من هذا النص أن التنفيذ الاختياري للهبة من جانب الواهب أو ورثته يحقق نفس النتيجة التي تحققها الرسمية . وبهذا أوجد القانون نوعاً جديداً ذا صبغة عامة من الشكلية هو التنفيذ الاختياري ، وهو أكثر حماية للواهب من الرسمية . والتنفيذ الاختياري يشمل هبة العقار وهبة المنقول ، غير أن المشرع القانوني قد نص على أهم تطبيقاته وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية ، وهو هبة المنقول المادي التي تتم بالقبض أو الهبة اليدوية .

كذلك أجاز القانون (في المادة ٤٥٦) استثناء من اشتراط الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد من عقود المعاوضة على سبيل الصورية ، وبذلك تصح **الهبة المستترة** دون حاجة لسند رسمي .

وأما موقف الفقهاء المسلمين من الجانب الشكلي للهبة ففيه اتجاهان .

الاتجاه الأول[١] - هو مذهب المالكية ، والحنابلة في غير المكيل والموزون : وهو يرى الاكتفاء بمبدأ الرضائية في الهبات ، فتصبح الهبة صحيحة ناقلة للملكية بمجرد قبول الموهوب له . أما القبض (أو الحيازة) فهو شرط عند المالكية لتمام ولزوم الهبة ، فإن لم يحصل القبض لم تلزم الهبة ، وإن كانت صحيحة .

والاتجاه الثاني - هو مذهب الحنفية والشافعية ، والإمام أحمد في هبة المكيل والموزون : وهو يهتم بشكل الهبة ولا يرتب على مجرد التراضي أثراً شرعياً ، فالهبة وإن كانت تنعقد بالإيجاب والقبول ، فإنها لا تلزم الواهب ولا تنقل الملكية إلا بالقبض . وبذلك يعتبر التنفيذ الاختياري من جانب الواهب هو روح الهبة في هذا الاتجاه ،

---

(١) سيأتي بحث الموضوع في عقد الهبة .

أما مجرد تلاقي إرادة الطرفين فلا ينشيء الهبة بمعناها الصحيح ، بل مجرد وعد بالهبة ، لا يلزم الواهب . وبتنفيذ هذا الوعد اختياراً من جانب الواهب تقوم الهبة وتنتج آثارها وأهمها انتقال الملكية إلى الموهوب له .

والدافع إلى هذا الاتجاه هو الحرص على احترام الطابع التبرعي للهبة الذي يجب أن يميزها عن سائر التمليكات .

وأما الأحكام الموضوعية للهبة التي تضمنها القانون المدني والتي استمدها من الفقه الإسلامي فهي ما يأتي :

١ ـ **تعريف الهبة :** الهبة عقد تصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٥٤) وعرف الفقهاء الهبة بقولهم : عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً .

لكن نصت الفقرة ٢ من هذه المادة على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، كإلزام الموهوب له أن يعوله حتى موته ، أو بأن يدفع له إيراداً مرتباً مدى الحياة .

وقد نصت المادة (٨٥٥) من المجلة على أنه « تصح الهبة بشرط عوض ... » لكن الإمام الشافعي يرى أن اشتراط العوض صراحة يبطل العقد ، لأنه شرط مخالف لمقتضاه .

٢ ـ **ركن الهبة :** نصت المادة (٤٥٥) على أن الهبة تتم بالإيجاب والقبول . وعلى أنه ينوب ولي القاصر عنه بقبول الهبة وبقبض الشيء الموهوب إذا كان الواهب هو ولي الموهوب أو وصيه .

وهذا نفس المقرر في الفقه ، نصت المادة (٨٣٧) من المجلة على أنه « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض » . وقد قرر الفقهاء أن الولي ينوب مناب القاصر في

القبض ، فلو وهب أحد الأولياء للصغير شيئاً ، والمال في أيديهم صحت الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير[1] .

٣ ـ الشروط الموضوعية للهبة :

لم يورد القانون المدني شروطاً خاصة بالهبة من حيث تلاقي الإيجاب والقبول ، فيجب تطبيق القواعد العامة ، فيشترط الرضا لصحة العقد وتطبق القواعد العامة في أحكام عيوب الرضا ، وتتميز الهبة بأن الغلط في الشخص يجعل الهبة قابلة للإبطال .

كذلك يشترط في الواهب أن يكون كامل الأهلية ؛ لأن الهبة من التصرفات الضارة بالواهب ضرراً محضاً . أما الموهوب له فيكفي فيه أن يكون مميزاً ، لأن الهبة من التصرفات النافعة للموهوب له نفعاً محضاً .

ويستطيع الولي أو الوصي أن يهبا للصغير وينوبان عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب كما بينا (المادة ٤٥٥ / ٢) . ولا يستطيع الولي أن يتبرع بمال القاصر إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ ، كما نصت المادة (١٧٢ / ٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري ، كذلك يعتبر تبرع الوصي في مال القاصر باطلاً (المادة ١٨٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري) ويجوز للمتبرع استبعاد الولاية على مال التبرع ، فقد نص القانون السوري المذكور (في المادة ١٧١) على أنه « إذا اشترط المتبرع بمال للقاصر عدم تصرف وليه به تعين المحكمة وصياً خاصاً على هذا المال » .

ويشترط في الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب وموجوداً ومعيناً ومشروعاً ، وعلى ذلك يكون حكم هبة ملك الغير كحكم بيع ملك الغير : وهو البطلان النسبي (القابلية للإبطال) لمصلحة الموهوب له ، وعدم النفاذ في حق المالك الحقيقي (المواد ٤٥٩ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥) .

---

(١) سيأتي تفصيل الكلام في ذلك في بحث عقد الهبة .

وقد نصت المادة (٤٦٠) على أنه « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » وذلك استثناء من القواعد العامة في القانون التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . وهذا الحكم المستثنى مأخوذ من الشريعة الإسلامية التي تشترط وجود محل العقد وقت انعقاده في كل العقود .

ويلاحظ أن هذه الشروط المطلوبة لانعقاد الهبة قانوناً مستقاة من أحكام الفقه الإسلامي . ففي هذا الفقه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في كل عقود التمليكات ، وتوفر الرضا والاختيار وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٠) من المجلة ، وأن يكون للواهب أهلية التبرع أو كمال الأهلية ؛ لأن الهبة تبرع ، وهذا ما نصت عليه المادة » (٨٥٩) من المجلة ، وألا تصدر الهبة منه في مرض موته ، وإلا أخذت حكم الوصية فلا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة ، وألا يكون مديناً بديون مستغرقة ، ولولم يحجر عليه ، وإلا توقفت على إجازة الدائنين . وهذا ما نصت عليه المواد (٨٧٩ ـ ٨٨٠) من المجلة .

ويشترط في الموهوب له أن يكون حياً ، فلا تجوز الهبة للجنين ولا للمعدوم ، وأجازها المالكية ، ويحسن الأخذ قانوناً بمبدأ إجازة الهبة للجنين .

كما يشترط أن يكون محل الهبة موجوداً وقت العقد ، وهو شرط عام في كل عقود التمليكات في الحال ، صوناً للعقد عن الإلغاء عند فوات المحل .

وقد نصت المادة (٨٥٦) من المجلة على ذلك .

ويجب أن يكون الشيء مملوكاً للواهب ، فإن كان الموهوب ليس مالاً للواهب ، كانت هبة الفضولي ، وهي موقوفة على إجازة المالك .

وقد نصت المادة (٨٥٧) من المجلة على ذلك .

ويلزم أن يكون الموهوب معلوماً ومعيناً ، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٥٨) من المجلة .

أما هبة الحصة الشائعة فيا يقبل القسمة كالدار والبيت الكبير، فأجازها جمهور الفقهاء، كبيع المشاع. ولم يجزها الحنفية إلا بقسمتها وقبضها مفرزة عن غيرها[1].

٤ ـ الرجوع في الهبة :

نصت المواد (٤٦٨ ـ ٤٧٢) على مبدأ جواز الرجوع في الهبة، وعلى الحالات التي يجوز فيها الرجوع، بشرط وجود عذر مقبول للرجوع. وهذه الأحكام ما عدا اشتراط وجود العذر مستمدة من الفقه الحنفي الذي يعتبر الرجوع مكروهاً لأنه من باب الدناءة، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد، ولا يصح الرجوع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الرجوع فسخ للعقد. ولا يجوز الرجوع عند وجود أحد موانع الرجوع السبعة وهي (العوض، أو تقديم بدل عن الهبة، والزيادة المتصلة كالبناء والغرس، وتصرف الموهوب له في الموهوب، وموت أحد العاقدين، وهلاك الموهوب في يد الموهوب له أو استهلاكه، وكون الهبة من أجل الثواب من الله تعالى كالصدقة، أو من أجل صلة الرحم، أو صلة الزوجية) وهذه الحالات نص عليها القانون في المادة (٤٧٠)، ونصت عليها المجلة في المواد (٨٦٦ ـ ٨٧٤).

خامساً ـ تصرف المريض مرض الموت :

استقى التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بيع المريض مرض الموت[2]، فاعتبر بيعه في حكم الوصية، كما اعتبر البيع لأحد الورثة بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية. فلا يجوز بيع المريض مرض الموت محاباة إلا إذا أجازه الورثة إذا كان مقدار المحاباة يجاوز ثلث التركة، وإذا كان مديناً بدين مستغرق كان بيعه المشتمل على الغبن الفاحش موقوفاً على إجازة الدائنين. فإن لم يكن مديناً، وكان البيع بالمحاباة لغير الوارث أي بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة. وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثمن المثل صح البيع ونفذ.

(١) المراجع تأتي في بحث الهبة.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص٤٦.

أمـا البيع لوارث ولو بثمن المثل أي بـدون غبن فهو موقوف عنـد أبي حنيفـة وفي المجلة على إجازة الورثة لتعلق حقهم بعين التركة .

لكن هل للمريض مرض الموت التصرف لوراث في حدود ثلث التركة ؟

يلاحـظ أن المـادة (٤٤٥) من القـانون المـدني السوري المتعلقـة ببيـع المريض مرض الموت منقولـة عن القـانون المـدني المصري الـذي يجيز بـدوره الوصيـة للـوارث ولغيره في حـدود الثلث (في المـادة ٣٧ من قـانـون الـوصيـة المصري) وتنفـذ من غير إجازة الورثة خلافاً لما يقرره فقهاء المذاهب الأربعـة وجمهور فقهـاء المسلمين ، ولكن عملاً برأي بعض أئمة الشيعة الزيدية ، وبعض أئمـة الشيعـة الإمـاميـة (الجعفريـة) ، والإسماعيلية .

وتنص هذه المادة (٤٤٥) التي تعتبر المحاباة بحكم الوصية على ما يلي :

« ١ ـ إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمـة المبيع وقت الموت فـإن البيع يسري في حق الورثـة ، إذا كانت زيـادة قيمـة المبيـع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ ـ إذا كانت هـذه الـزيـادة تجـاوز ثلث التركـة ، فـإن البيـع فيما يجـاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين .

٣ ـ ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٨٧٧) وبناء على هـذه المادة إذا كان البيع بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية فإنه ينفذ من المريض مرض الموت إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن في حدود ثلث التركة » .

والـدليل على أن تصرف المريض مرض الموت تطبق عليـه أحكام الـوصيـة هـو ما نصت عليه المادة (٨٧٧) التالي نصها :

١ ـ كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢ ـ وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

٣ ـ وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه .

وبما أن الوصية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة (٨٧٦) من القانون السوري ، فإن أحكام الشريعة المعمول بها في سورية خلافاً لمصر هي المقررة في قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣ والتي بموجبها لا تجوز الوصية لوارث . نصت المادة (٢٣٨) من هذا القانون على ما يلي :

« ١ ـ تنفذ الوصية لغير وارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة .

٢ ـ لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكان المجيز كامل الأهلية .

٣ ـ لا تنفذ فيما يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين .

٤ ـ تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد » .

وبهذا يتبين أن النص الوارد في المادة (٤٤٥) مدني سوري الذي يجيز للمريض البيع بالمحاباة للوارث في حدود ثلث التركة معطل المفعول ، ويكون البيع موقوفاً على إجازة الورثة عملاً بمقتضى قانون الأحوال الشخصية السوري الذي لا يجيز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة .

هذا وقد نصت المجلة على أحكام بيع المريض في المواد (٣٩٣ ـ ٣٩٥) كما نصت المادة (١٥٩٥) على تعريف مرض الموت بقولها :

« مرض الموت : هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان أو لم يكن .

وإن امتد مرضه دائماً على حال ، ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت » .

سادساً ـ أحكام متفرقة (الإبراء ، مدة التقادم) :

استمد القانون المدني طائفة من الأحكام في مناسبات مختلفة من الفقه الإسلامي ، كانقضاء الالتزام دون الوفاء به ، إما بالإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ، وإما بالتقادم المسقط لمضي مدة خمس عشرة سنة في الحقوق الخاصة .

هذا فضلاً عن أن كثيراً من الأحكام المقررة في القانون المدني يمكن تخريجها أو تسويغها بمبدأ من مبادئ الشريعة كالاستصلاح والاستحسان والعرف ، أو حملها على مجموعة آراء فقهية من مذاهب مختلفة ، كما أنه قد يكون لها شبه أو تطابق تام بينها وبين رأي فقهي معين . لكن مع كل ما سبق يظل القانون المدني السوري وأصله

المصري غربي الطراز والتصور والأحكام ، فلا يعفى المشرع من عودة حميدة لرياض الفقه الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان .

الإبراء : إسقاط الدائن ماله في ذمة المدين من دين كثمن مبيع أو دين قرض ، ويترتب عليه انتهاء التزام الدين كله أو بعضه حسب الإبراء ، وتفرغ منه ذمته . وهو عند الحنفية لا يحتاج إلى قبول وإنما يصح بإرادة الدائن وحده ، وإنما يرتد بالرد ؛ لأنه من قبيل الإسقاط كالطلاق ، والإسقاط لا يتوقف على القبول . نصت المادة (١٥٦٨) من المجلة على أنه : « لا يتوقف الإبراء على القبول . ولكن يكون بالرد مردوداً ، لأنه إذا أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله ، ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله : لا أقبل ، يكون ذلك الإبراء مردوداً يعني لا يبقى له حكم ، لكن لورده بعد قبول الإبراء لا يكون الإبراء مردوداً . وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه أو صاحب الطلب الكفيل ، ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل لا يكون الإبراء مردوداً » .

وقد أخذ القانون المدني بمبدأ صحة الإبراء بإرادة الدائن وحده وهو المقرر في الفقه الحنفي . نصت المادة (٣٦٩) منه على ما يأتي : « ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

التقادم : لا يعتبر التقادم (أو مضي المدة ومرور الزمن أو وضع اليد) في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة إذ « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ولأن الحق أبدي لا يزول إلا بسوغ شرعي مقبول . وإنما التقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً معيناً بلا عذر . وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة ، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية ، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه ؛ لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له ، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد . إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ، ويقبل التعليق

بالشرط . وبناء عليه يصح للدولة منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً ، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ[1] .

ويمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسلة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها ، وإبعاد القضاء عن المشكلات المعقدة في إثبات حقوق قديمة . وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانوناً ، فإن القانونيين قالوا : إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام أي متصلة بالصالح العام للمجتمع كله ، لا على أساس اعتبارات فردية ، فالضرورات الاجتماعية هي التي أدت إلى إقرار هذا النظام .

وقد أخذ القانون من الفقه الإسلامي تقدير مدة التقادم المسقط ، نصت المادة (٣٧٢) مدني سوري على أنه « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

كذلك في التقادم المكسب نصت المادة (٩١٩) على ما يلي :

« يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة ، بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض » .

وتقدير المدة في الحالتين مأخوذ من الفقه الإسلامي ، فقد قرر الفقهاء أن التقادم يسري على الحقوق الخاصة ، ومدته العادية خمس عشرة سنة ، فإذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها[2] .

وأما الأموال العامة فلا تسمع الدعوى فيها بعد مضي ٣٣ سنة في الوقف والإرث ، وبعد ٣٦ سنة في أموال بيت المال ، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميرية .

---

(١) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص ١٠١ .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء : ف ١٥٦ ص ٢٣٠ .

وأما المجلة فأخذت في المادة (١٦٦٢) بمدة ١٥ سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي ٣٦ سنة ، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين .

وتبتدئ المدة من وقت ظهور واضع اليد على الشيء بمظهر المالك لها ، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعته . وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٦٣) من المجلة .

كما نصت المادة (٣٧٩) على حالات وقف التقادم بقولها : « ١ ـ لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

٢ ـ ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » .

خاتمة

في آخر هذا البحث أؤكد ضرورة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واستمداد القوانين منها ، مادمنا نعمنا ولله الحمد بالاستقلال ، وقد بينا هذا النموذج الذي استمده القانون المدني من الفقه ليكون عنواناً مشرقاً وبرهاناً ساطعاً على أن في شريعتنا الغراء كنوزاً خالدة لا تحتاج إلا إلى صياغة جديدة بروح العصر ومفاهيمه على منوال التقنينات الجديدة .

قال الدكتور السنهوري : على أننا لا نريد بتقليد التقنينات الحديثة أن نذهب في ذلك إلى مدى أبعد مما ينبغي . وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنينات الغربية من ناحية الشكل والصياغة ، ففي المادة والموضوع نتحفظ كثيراً في هذا القول .

ثم علق على قرار وزارة العدل العراقية باتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للتقنين قبل صدوره ، فقال : ولما كان القرار خطيراً ، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الإسلامي ، يجاري فيه الزمن ، ويساير التطور ، كان من الواجب أن نقف عنده حتى نمعن في مراميه .

فأول أثر لهذا القرار أن يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد أن كادت تضيع ، فقد رأينا أن البلاد الشرقية التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية ، وبقيت القاعدة مطردة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر إلى الوقت الحاضر ، فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان ، وكل هذه بلاد كانت تطبق الشريعة الإسلامية . ثم أعادت النظر في تقنيناتها ، فقلبتها رأساً على عقب ، إما

باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسي، وهجرت الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية. أما العراق فهو أول بلد عربي اعتز بتراث أجداده، وحرص عليه من الضياع. فالعراق يرفع صوته عالياً بأن الشريعة الإسلامية لا تزال نظاماً قانونياً حياً صالحاً للتطبيق، وليس لسائر الأقطار العربية إلا أن تقتفي أثر العراق.

وهناك فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنينات الغربية، وبين أن نجعل مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي الحالة الأولى نكون قد قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. أما في الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التي اخترناها وخرجناها على أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحدث الأحكام القانونية الغربية وأرقاها[1].

(١) راجع مقال الدكتور السنهوري في مجلة نقابة المحامين بدمشق، العددان السادس والسابع، من السنة الأولى: ص ٥٠٥ـ ٥٠٨.

القسم الثالث

العقود

أو التصرفات المدنية المالية

وبحثها في ثمانية عشر فصلاً :

١ - البيع وأنواعه (السلم ، الاستصناع ، الصرف ، الجزاف ، الربا ، بيوع الأمانة : المرابحة ، والتولية والوضيعة ، الإقالة)

٢ - القرض

٣ - الإيجار

٤ - الجعالة

٥ - الشركة

٦ - الهبة

٧ - الإيداع

٨ - الإعارة

٩ - الوكالة

١٠ - الكفالة

١١ - الحوالة

١٢ - الرهن

١٣ - الصلح

ويلحق بها فصول خمسة في الإبراء والاستحقاق والمقاصة والإكراه والحجر ، وأما باقي العقود فالكلام عنها في بحث الملكية والأحوال الشخصية .

الفصل الأول

عقد البيع

خطة الموضوع :

نظراً لتعدد أنواع البيع وأهميتها بحيث يكون كل منها وضعاً قائماً بذاته نرى الفقهاء يترجمون لعقد البيع بعنوان « كتاب البيوع » بصيغة الجمع[1] . وقد آثرنا ذكر العنوان الذي عنونا به تمشياً مع صنيع شراح القانون المدني لأن إضافة كلمة « عقد » إلى « البيع » تفيد العموم ، لقول النحويين : إنه مفرد مضاف فيعم . والكلام عن عقد البيع يتناول المباحث الستة الآتية :

المبحث الأول ـ في تكوين عقد البيع .
المبحث الثاني ـ شروط البيع .
المبحث الثالث ـ حكم البيع والكلام في المبيع والثمن .
المبحث الرابع ـ البيع الباطل والبيع الفاسد .
المبحث الخامس ـ الخيارات .
المبحث السادس ـ بعض أنواع البيع :
١ ـ السلم أو السلف
٢ ـ الاستصناع
٣ ـ الصرف

(١) عقد البيع للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء : ص ٥ ، ١٢ .

٤ ـ بيع الجزاف
٥ ـ الربا
٦ ـ بيوع الأمانة (المرابحة والتولية والوضيعة)
٧ ـ الإقالة

المبحث الأول ـ تكوين عقد البيع

وفيه مطلبان :
المطلب الأول ـ تعريف البيع ومشروعيته
المطلب الثاني ـ ركن البيع أو كيفية انعقاده

المطلب الأول ـ تعريف البيع ومشروعيته

تعريف البيع :

البيع لغة : مقابلة شيء بشيء ، وهو من أسماء الأضداد أي التي تطلق على الشيء وعلى ضده ، مثل الشراء[1] كما في قوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ أي باعوه ، وقوله سبحانه : ﴿ ولبئس ما شروا به أنفسهم ﴾ ويقال لكل من المتعاقدين : بائع وبيّع ، ومشترٍ وشارٍ.

واصطلاحاً عند الحنفية : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو هو مبادلة شيء

(١) ومثل القرء والجون : يطلق على الشيء وضده . قال المعلّق على نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٢ : للبيع تفسير لغة وشرعاً وركن وشرط ومحل وحكم وحكمة . أما معناه لغة : فطلق المبادلة ، وهو والشراء ضدان ، ويطلق البيع على الشراء أيضاً ، فلفظ البيع والشراء يطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر ، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة . وشرعاً هو **مبادلة مال بمال على سبيل التراضي** . ثم قال : وأما ركنه فإيجاب وقبول . وأما شرطه : فأهلية العاقدين . وأما محله فهو المال . وأما حكمه : فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع ، وللبائع في الثمن إذا كان تاماً ، وعند الإجازة إذا كان موقوفاً ، وأما حكمته على ما ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري : أن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه غالباً ، وصاحبه قد لا يبذله ، ففي شرعية البيع وسيلة إلى بلوغ الغرض من غير حرج . ثم ذكر صاحب التعليق حكماً أخرى .

مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بإيجاب أو تعاطٍ. وخرج بقيد: «مفيد» ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم. وغير المرغوب: مثل الميتة والدم والتراب[1].

وقال النووي في المجموع: البيع: مقابلة مال بمال تمليكاً[2].

وعرفه ابن قدامة في المغني[3]: مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً.

وهو مشتق من الباع؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه، أي يصافحه عند البيع، فسمي البيع صفقة[4].

والمراد بالمال عند الحنفية: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم. وقد انتقد الأستاذ الزرقاء هذا التعريف، واستبدل به تعريفاً آخر، فقال: المال: هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس[5]. وعليه لا تعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عند الحنفية. أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروها مالاً متقوماً؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها.

والمقصود من البيع هنا: هو العقد المركب من الإيجاب والقبول.

مشروعية البيع:

البيع جائز بأدلة من القرآن والسنة والإجماع[6].

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ وقوله سبحانه: ﴿وأشهدوا إذا

---

(١) البدائع: ٥ ص ١٣٣، فتح القدير: ٥ ص ٧٣، حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٣ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٢.

(٣) انظر ج ٣ ص ٥٥٩.

(٤) المرجع السابق.

(٥) راجع المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي له: ص ١١٤ - ١١٨.

(٦) المراجع السابقة، المبسوط: ١٢ ص ١٠٨، المهذب: ١ ص ٢٥٧.

تبايعتم ﴾ وقوله عز وجل : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ وقوله جل جلاله : ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ .

وأما السنة فأحاديث ، منها : سئل النبي ﷺ : أي الكسب أطيب ؟ فقال : « عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور »[1] أي لا غش فيه ولا خيانة ، ومنها حديث : « إنما البيع عن تراض »[2] وقد بعث الرسول ﷺ والناس يتبايعون فأقرهم عليه ، وقال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين ، والصديقين ، والشهداء » قال الترمذي : « هذا حديث حسن » .

وأجمع المسلمون على جواز البيع ، والحكمة تقتضيه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه لا يبذله بغير عوض ، ففي تشريع البيع طريق إلى تحقيق كل واحد غرضه ودفع حاجته ، والإنسان مدني بالطبع ، لا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين .

والأصل في البيوع الإباحة ، قال الإمام الشافعي : « فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا ، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها ، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى » أي في قوله سبحانه : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وقوله : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .

---

(١) رواه البزار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافع ، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير عن رافع بن خديج وعزاه لأحمد ، وذكره السيوطي في الجامع الصغير عن رافع (سبل السلام : ٣ ص ٤) .

(٢) هذا حديث طويل رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « لألقين الله من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض » ورواه عبد الرزاق في الجامع عن عبد الله بن أبي أوفى بلفظ « البيع عن تراض والتخيير بعد صفقة » (الجامع الصغير: ١ ص ١٠٢ ، كنز الدقائق : ٢ ص ٢١٢ ، شرح المجموع للنووي : ٩ ص ١٥٨) وروى الترمذي وأبو داود عن أبي هريرة حديثاً بمعناه بلفظ « لا يفترق اثنان إلا عن تراض » (جامع الأصول : ٢ ص ٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٠٠) .

المطلب الثاني ـ ركن البيع أو كيفية انعقاده

ركن[1] البيع عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي . فركنه بعبارة أخرى : الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل[2] ، وهذا قولهم في العقود .

وللبيع عند الجمهور أركان أربعة : هي البائع والمشتري والصيغة والمعقود عليه وهذا رأيهم في كل العقود .

والإيجاب عند الحنفية : إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول : اشتريت بكذا .

والقبول : ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين[3] . فالمعتبر إذاً أولية الصدور وثانويته فقط سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري .

وعند الجمهور : الإيجاب : هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً . والقبول : هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً[4] .

وأركان البيع عند الجمهور غير الحنفية ثلاثة أو أربعة[5] : عاقد (بائع ومشتر) ومعقود عليه (ثمن ومثمن) وصيغة (إيجاب وقبول) .

والكلام في الإيجاب والقبول في موضعين :

---

(١) الركن عند الحنفية : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه ، وعند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل سواء أكان جزءاً منه ، أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه . وأما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس جزءاً منه .

(٢) فتح القدير: ٥ ص ٧٤ ، البدائع: ٥ ص ١٣٣ ، حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٥ وما بعدها .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري: ٢ ص ١٨٠ وما بعدها ، كشاف القناع: ٢ ص ٣ .

(٥) الشرح الكبير: ٢/٣ ، مغني المحتاج: ٣/٢ ، كشاف القناع: ١٣٥/٣ .

أحدهما ـ في صيغة الإيجاب والقبول .
والثاني ـ في صفة الإيجاب والقبول .

١ ـ صيغة الإيجاب والقبول

صيغة العقد : هي صورته التي يقوم بها من إيجاب وقبول إن كان العقد التزاماً بين طرفين ، أو إيجاب فقط إن كان التزاماً من جانب واحد .

اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما . وهذا هو ما يعرف عند العلماء « بصيغة العقد » وهو ما يسمى عند القانونيين « التعبير عن الإرادة » ويشترط في صيغة العقد أن يكون صدورها من المتعاقدين بطريق يعتبره الشارع ، وطريق اعتبار الشارع عند الحنفية : هو أن البيع ينعقد بكل لفظ يدل على التراضي بتبادل الملك في الأموال بحسب عرف الناس وعاداتهم[١] .

فقالوا[٢] : ينعقد البيع بصيغة الماضي مثل : بعت ، واشتريت . وبصيغة الحال مع النية مثل : أبيع وأشتري .

أما البيع بلفظ الاستدعاء الذي يعبر به عن المستقبل ، فلا ينعقد به البيع عند الحنفية كأن يقول : « بعني أو اشترمني » ما لم يقل المشتري مرة ثانية في المثال الأول : اشتريت ، وفي المثال الثاني : يقول البائع ثانية : « بعت » لأن طالب البيع أو الشراء وهو المستدعي ، ينسب إلى الغش والتدليس في العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في البيع عيب ، لما كان يسأل غيره في أخذه ، وإنما غيره هو الذي يطلبه ، كما هو المعروف في الأسواق ، ثم إنه لو تأخر القبول عن الإيجاب لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، ولأنه عقد خلا عن القبول ، فلم ينعقد كما لو لم يطلب البيع أو الشراء .

---

(١) أصول البيوع الممنوعة في الشريعة والقانون للأستاذ الشيخ عبد السميع إمام : ص ١٦ ، ١٨ .
(٢) البدائع : ٥/ ١٣٣ .

الفرق بين البيع والزواج : هذا بخلاف عقد النكاح ، فإنه يصح بلفظ الاستدعاء ، مثل أن يقول : « زوجني » لأنه في هذه الحالة يكون قوله : « زوجني » توكيلاً بالزواج ، فإذا زوجه امتثل أمره ، ولبى طلبه فيكون المزوّج ولياً من طرف ووكيلاً من طرف ، والشخص الواحد : يتولى طرفي عقد النكاح ، بخلاف البيع ، فإنه لا يجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه ، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه .

وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح وهو أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة ، فلا تكون صيغته إيجاباً وقبولاً حقيقة ، بل هي طلب الإيجاب والقبول ، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح ؛ لأن المساومة لا توجد فيه عادة ؛ لأنه مبني على مقدمة الخطبة ، فتحمل هذه الصيغة على الإيجاب والقبول . أما البيع فلا يكون مسبوقاً بمثل ذلك ، فكان الأمر فيه مساومة ، عملاً بحقيقة لفظ الأمر ، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل ، ولم يوجد في البيع ، بخلاف النكاح كما بينا .

والخلاصة : أن صيغة البيع عند الحنفية إما أن تكون بلفظين من غير نية ، وذلك بصيغة الماضي ، مثل بعت واشتريت ، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على اللغة .

أو بلفظين مع النية للحال ، وذلك بصيغة المضارع ؛ لأن المضارع يحتمل الحال أو الاستقبال ، فتكون النية لدفع المحتمل : وهو أن يراد الوعد بالبيع في المستقبل ، فتكون نية الإيجاب للحال مانعة من إرادة المستقبل .

أو بثلاثة ألفاظ ، وذلك بلفظ الاستفهام : بأن قال المشتري : « أتبيع مني هذا الشيء ؟ » أو بلفظ الأمر بأن قال البائع : « اشتر مني هذا الثوب » أو قال المشتري :

« بع مني هذا الثوب » لا ينعقد في هذه الأمثلة ما لم ينضم إليها لفظ ثالث ، فيقول المشتري في المثال الأول : « اشتريت » لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة ، ويقول البائع في المثال الثاني : « بعت » ويقول المشتري في المثال الثالث : « اشتريت » .

وعلى هذا ، لا يصح أصلاً البيع بلفظ الأمر مجرداً سواء نوى ، أو لم ينو إلا إذا دل على الحال مثل : « خذه بكذا » كما لا يصح أصلاً بالمضارع المقترن بالسين أو سوف ، مثل : « سأبيعك » لأن ذكر السين يناقض إرادة الحال[1] .

وقال المالكية ، والشافعية في الأظهر ، والحنابلة : ينعقد العقد سواء أكان بيعاً أو نكاحاً بلفظ الاستدعاء مثل : « بعني » أو « اشتر مني » فيقول الآخر : « بعت » أو « اشتريت » لأن أساس العقد هو التراضي ، ولفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به عرفاً ، فصح كما لو تقدم الإيجاب ، وبه يحصل الغرض بكون المستدعي بائعاً أو مشترياً[2] .

بيع المعاطاة :

بيع المعاطاة أو بيع المراوضة : هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما .

مثل : أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً . وقد اختلف الفقهاء في حكمه .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٣ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٧٥ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٩ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٣ ، الميزان : ٢ ص ٦٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤ ، المغني : ٣ ص ٥٦٠ ، كشاف القناع : ٣/١٣٦ .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم : يصح بيع المعاطاة متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين ، والبيع يصح بكل ما يدل على الرضا ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره عن أحد ، فكان ذلك إجماعاً ، فالقرينة كافية هنا في الدلالة على الرضا[1] .

وقال الشافعية : يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية ، بالإيجاب والقبول ، فلا يصح بيع المعاطاة ، سواء أكان المبيع نفيساً أم حقيراً ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : « إنما البيع عن تراض »[2] والرضا أمر خفي ، فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ ، لا سيما عند إثبات العقد حالة التنازع ، فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ .

وقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبغوي والمتولي صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بها بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة ، قال النووي : وهذا هو المختار للفتوى . وبعض الشافعية كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات أي غير النفيسة : وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز وحزمة بقل ونحوها[3] .

ويلاحظ أن الفقهاء أجمعوا على أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، بل لا بد من القول للقادر عليه لخطره ، فكان لا بد من الاحتياط له ، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة : وهو القول .

---

(١) البدائع : ٥ص١٣٤ ، فتح القدير : ٥ص٧٧ ، بداية المجتهد : ٢ص١٦١ ، المغني : ٣ص٥٦١ .

(٢) صححه ابن حبان .

(٣) مغني المحتاج : ٢ص٣ ومابعدها ، المهذب : ١ص٢٥٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٨٩ ، ط التجارية .

٢ـ صفة الإيجاب والقبول ـ الكلام في خيار المجلس :

لا يكون كل من الإيجاب والقبول لازماً قبل وجود الآخر فإذا وجد أحدهما لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر، ويكون لكل من المتعاقدين حينئذ خيار القبول والرجوع، فإذا تم الإيجاب والقبول، فهل يكون لأحد العاقدين في مجلس العقد خيار الرجوع ؟

اختلف العلماء فيه .

فقال الحنفية والمالكية والفقهاء السبعة بالمدينة[(١)] : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ؛ لأن البيع عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ البيع والشراء، ولا يحتاج إلى خيار مجلس، ولقول عمر رضي الله عنه : « البيع صفقة أو خيار » .

وقالوا عن حديث « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » : المراد بالمتبايعين : هما المتساومان والمتشاغلان بأمر البيع، والمراد بالتفرق التفرق بالأقوال : وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب : لا أشتري، أو يرجع الموجب قبل القبول، فالخيار قبل القبول ثابت . ورد بعضهم هذا الحديث لمعارضته لآية ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ وقال بعضهم : إنه منسوخ .

بهذا يظهر أن خيار المجلس مقصور عند هؤلاء على ماقبل تمام العقد، فإذا أوجب أحد المتعاقدين، فالآخر بالخيار : إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول[(٢)] وخيار الرجوع .

---

(١) فقهاء المدينة السبعة هم : سعيد بن المسيب (توفي ٩٤هـ)، عروة بن الزبير (٩٤هـ)، القاسم بن محمد (١٠٦هـ)، أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (٩٤هـ)، عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود (٩٨هـ)، سليمان بن يسار (١٠٧هـ)، خارجة بن زيد بن ثابت (٩٩هـ) .

(٢) البدائع : ٥ص١٣٤، فتح القدير : ٥ص٧٨، بداية المجتهد : ٢ص١٦٩ ومابعدها، حاشية الدسوقي : ٣ص٨١، المنتقى على الموطأ : ٥ص٥٥، القوانين الفقهية : ص٢٧٤، كشاف القناع : ١٨٧/٣، ط مكة .

وقال الشافعية والحنابلة وسفيان الثوري وإسحاق : إذا انعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول ، يقع العقد جائزاً أي غير لازم ، مادام المتعاقدان في المجلس ، ويكون لكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع أو إمضائه مادما مجتمعين لم يتفرقا أو يتخايرا ، ويعتبر في التفرق : العرف[1] : وهو أن يتفرقا عن مقامهما الذي تبايعا فيه .

والمراد به التفرق بالأبدان ، وهو التفرق حقيقة . وهو الذي يكون لذكره في الحديث فائدة ، لأنه معلوم لكل واحد أن المتعاقدين بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول .

وهذا هو خيار المجلس الثابت في أنواع البيع ، لما روى الشيخان أنه ﷺ قال : « البيعان بالخيار ، مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر »[2] أي اختر اللزوم . قال ابن رشد : وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد ، وأصحها . وقد أثبت ابن حزم في المحلى تواتره .

وقد ردوا على المالكية والحنفية بأن اللفظ الوارد في هذا الحديث لا يحتمل ما قالوه (أي التفرق بالأقوال) إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع ، بعد الاختلاف فيهما . وتأويلهم يبطل فائدة

---

(١) مغني المحتاج : ٢ص٤٣ ، ٤٥ ، المغني : ٣ص٥٦٣ ، المهذب : ١ص٢٥٧ . قال بعض الحنابلة : يختلف العرف في التفرق باختلاف مواضع البيع : ففي فضاء واسع أو سوق : يكون التفرق بمشي أحد العاقدين مستدبراً لصاحبه خطوات بحيث لا يسمع كلامه المعتاد ، وفي السفينة بصعود أحدهما لأعلاها ، أو نزوله لأسفلها ، وفي قارب صغير بخروج أحدهما منه ويمشي ، وفي دار كبيرة بخروجه من بيت أو مجلس لآخر ، وفي دار صغيرة بصعود أحدهما السطح أو خروجه منها . ولا يحصل التفرق ببناء حائط بين العاقدين ، ولا إن ناما أو مشيا جميعاً (راجع غاية المنتهى : ٢ص٣٠) .

(٢) سبل السلام : ٣ص٣٣ ومابعدها . وهذا هو بيع الخيار عند الشافعي : وهو أن يقول أحد العاقدين للآخر بعدما تم الإيجاب والقبول وقبل التفرق : اختر : إن شئت فدع ، وإن شئت فخذ . فإذا أخذ لزم البيع وقام الخيار مقام التفرق بالأبدان .

الحديث ، لأنه من المعلوم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه ، وإتمامه ، أو تركه . ومعنى قول عمر السابق : « البيع صفقة أو خيار » هو أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار، وبيع لم يشترط فيه الخيار، وقد سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه .

إلا أنه أخذ على هذا الرأي كونه يهدر أو يزعزع القوة الملزمة للعقد ، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية[1] .

المبحث الثاني ـ شروط البيع

يجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط وهي : شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم[2] ، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس ، وحماية مصالح العاقدين ، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة ، فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد باطلاً ، وإذا اختل شرط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسداً ، وإذا لم يتوافر شرط النفاذ كان العقد موقوفاً على الإجازة ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة ، وإذا انعدم شرط اللزوم كان العقد مخيراً فيه أي مشتملاً على خيار الإمضاء أو الإبطال .

أولاً ـ شرائط الانعقاد : وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً شرعاً ، وإلا كان باطلاً . وقد اشترط الحنفية لانعقاد البيع أربعة أنواع من الشروط : في العاقد ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه[3] .

أما ما يشترط في **العاقد** فهو شرطان :

١ ـ أن يكون العاقد عاقلاً أي مميزاً ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل .

---

(١) راجع مصادر الحق للسنهوري : ٢ص٣٧ وما بعدها .

(٢) راجع التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٤ص٥ وما بعدها .

(٣) انظر أيضاً البدائع : ٥ص١٣٥ ومابعدها ، ٢ص٢٣٢ ، حاشية ابن عابدين : ٢ص٤٤٨ .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فيصح تصرف الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات كما سيأتي تفصيله ، وفي الجملة : إن تصرفات الصبي المميز العاقل تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

آ ـ التصرفات النافعة نفعاً محضاً : كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين ، فهذه التصرفات تصح من الصبي العاقل دون إذن ولا إجازة من الولي ، لأنها لنفعه التام .

ب ـ التصرفات الضارة ضرراً محضاً : كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالته لغيره بالدين أو بالنفس ، فهذه لا تصح من الصبي العاقل ، ولا تنفذ ، ولو أجازها وليه ؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر .

ج ـ التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع : كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها . فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته مادام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل[1] .

٢ ـ أن يكون العاقد متعدداً : فلا ينعقد البيع بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين ، بخلاف الوكيل في عقد النكاح ، فإنه يصح أن يعقد النكاح وكيل من الجانبين .

والفرق بين البيع والنكاح : هو أن للبيع حقوقاً متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب والخيارات . ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال . وبما أن حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين . وأما الوكيل

---

(١) انظر كتب الأصول عند الحنفية مثل التلويح على التوضيح : ٢ص١٦٥ ومابعدها .

في النكاح فإن حقوق العقد لا ترجع إليه ، وإنما ترجع إلى الموكل فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول .

وقد استثني الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير، بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو يشتري مال الصغير لنفسه ، لأنه حينئذ اقترب من مال اليتيم بالتي هي أحسن ، لكمال شفقته ووفرة رعايته بحكم طبيعة الحال . والوصي مثل الأب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا تصرف بما فيه نفع ظاهر لليتيم أو بمثل القيمة ، لأنه مرضي الأب ، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير.

وقال محمد : لا يجوز تصرف الوصي بمال الصبي لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً . والتساهل في الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي .

والقاضي لا ترجع إليه حقوق العقد ، فكان بمنزلة الرسول ، والرسول لا تلزمه حقوق العقد ، لأنه معبر وسفير، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين .

وأجاز جمهور الحنفية بخلاف الشافعي وزفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد النكاح بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور:

إذا كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين كأن يقول شخص : زوجت ابني ببنت أخي ، أو زوجت موكلي فلاناً موكلتي فلانة ، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر كما لو وكلت امرأة شخصاً في أن يزوجها من نفسه ، أو أصيلاً من جانب ووليا من جانب كأن يتزوج بنت عمه الصغيرة ، أو ولياً من جانب ووكيلاً من جانب : مثل زوجت بنتي من موكلي . أما صورة الأصيل من الجانبين فهي مستحيلة عقلاً[1] .

---

(١) البدائع : ٥ص١٣٦ ، مجمع الضمانات : ص٤١٠ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص١٣٩ .

وأما ما يشترط في نفس العقد فهو شرط واحد : وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب[1] كما سنفصل .

وأما ما يشترط في **مكان العقد :** فهو شرط واحد أيضاً وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما سنذكر تفصيله . ومجلس البيع : هو الاجتماع الواقع لعقد البيع (م ١٨١ مجلة) .

وأما ما يشترط في **المعقود عليه** أي المبيع فهو أربعة شروط[2] :

١ ـ أن يكون المبيع موجوداً : فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده وماله خطر العدم . من أمثلة الأول : بيع نتاج النتاج أي ولد ولد هذه الناقة مثلاً ، وبيع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة . ومن أمثلة الثاني : بيع الحمل ، وبيع اللبن في الضرع ، فكل من الحمل واللبن متردد بين الوجود وعدم الوجود فهما على خطر العدم .

ودليله في الجملة : أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها[3] . ويلحق به بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، ففي هذا غلط في الجنس فلا ينعقد البيع ، لأن المبيع معدوم .

ويستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه في رأي بعض الحنفية .

٢ ـ أن يكون المبيع مالاً متقوماً :

والمال عند الحنفية كما عرفنا سابقاً : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وبعبارة أخرى : هو كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص١٣٧ .

(٢) المرجع السابق : ص١٣٨ ـ ١٤٨ .

(٣) نص الحديث رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » (انظر جامع الأصول : ١ص٣٨٩) .

معتـاد . والأصح أنـه هو كل عين ذات قيمـة مـاديـة بين النـاس . والمتقـوم : مـا يمكن ادخاره مع إباحته شرعاً . وبعبارة أخرى : هو ما كان محرزاً فعلاً ويجوز الانتفـاع بـه في حالة الاختيار[1] ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالإنسان الحر والميتة والدم ، ولا بيع مـال غير متقـوم كالخمر والخنزير في حـق مسلم ، ويجـوز بيــع آلات المـلاهي عنــد أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها ، وعنـد الصـاحبين وبقيـة الأئمـة : لا ينعقد بيع هذه الأشياء ، لأنها معدة للفساد .

٣ ـ أن يكون مملوكاً في نفسه : أي محرزاً وهو ما دخل تحت حيازة مالك خاص . فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك لأحـد من النـاس مثل بيع الكلأ ولو في أرض مملوكـة ، والمـاء[2] غير المحرز ، والحطب ، والحشيش ، والصيود التي في البراري ، وتراب الصحراء ومعادنها ، وأشعة الشمس والهواء ، ولقطات البحر وحيوانات البر في البراري .

أما كون المبيع ليس مملوكاً للبائع ، فليس شرط انعقـاد ، وإنمـا هو شرط نفـاذ كما سيأتي .

٤ ـ أن يكون مقدور التسليم عند العقد :

فلا ينعقـد بيع معجوز التسليم ، وإن كان مملوكاً للبـائع ، مثـل الحيـوان الشـارد والطير في الهواء ، والسمك في البحر بعد أن كان في يده .

شروط الإيجاب والقبول :

يفهم ممـا ذكرنـاه من شرائـط الانعقـاد أنـه يشترط في الإيجـاب والقبول ثلاثـة شروط :

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ص٣ ، ١٥٠ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص١٦٢ ، ١٦٤ .

(٢) لا يجوز عند جمهور الفقهاء بيع الماء غير المحرز كمياه البحار والأنهار ونحوها ، لأنها مباحة لجميع الناس ، لا يختص بها أحد دون غيره ، فلا يجوز بيعها مادامت في مقرها ، ويجوز بيع الماء المحرز كماء البئر أو العين ونحوهما المملوك لشخص ما . وقال فقهاء الظاهرية : لا يجوز بيع الماء مالم يكن تابعاً للبئر أو العين المملوكة .

١ ـ **الأهلية :** هي عند الحنفيـة أن يكون كل من الموجب والقـابل عـاقلاً مميزاً يدرك ما يقول ويعنيـه حقـاً[١] ، فهو في الحقيقـة شرط في العـاقـد لا في الصيغـة ، إلا بالنظر لصدورها من العاقـدين . والتمييز مقـدر بتمام السنوات السبع ، فلا ينعقـد بيع المجنون والصبي غير المميز ؛ لأن العقد ارتباط بين إرادتي طرفيه .

والكلام ونحوه كالكتابة والإشارة دليل على هاتين الإرادتين ، فكان لابد من أن يكون هذا الدليل صادراً من مميز عاقل .

والبلـوغ والاختيـار ليسـا من شروط الانعقـاد عنـد الحنفيـة ، لـذا كان من الضروري الكلام في بيع الصبي والمكره عند فقهاء المذاهب .

بيع الصبي المميز :

قال الحنفية والمالكية والحنابلة : ينعقـد تصرف الصبي المميز بـالبيع والشراء فيما أذن له الولي ، وإلا كان موقوفاً على إجـازة وليـه . ودليلهم أن المـدار في التصرف على إذن الولي ، لا على الصبي ، فصح البيع ؛ لأن الصبي حينئذ كالـدلال ، والعـاقـد غيره ، ولأن دفع المال إلى الصبي بعد رشده متوقف على اختباره بـالبيع والشراء ، وأنـه يغبن أم لا ، فكان لابـد من القول بصحـة تصرفـاتـه وعقوده ، ولكن بـإذن الولي لتحصيـل المصلحة وحفظ أمواله[٢] .

وقال الشافعية[٣] : لا ينعقد بيع الصبي لعـدم أهليتـه ، وشرط العـاقـد بـائعـاً أو مشترياً : أن يكون راشداً : وهو أن يتصف بـالبلوغ وصلاح الـدين والمـال ، ودليلهم قوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيامـاً ﴾ والتصرف بـالبيع والشراء في معنى إعطـاء السفهـاء المـال لاستلزام البيع والشراء لبـذل المـال ، والجـامع

---

(١) البدائع : ٥ص١٣٥ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص٢٥٥ .

(٢) البدائع : ٥ص١٣٥ ، بداية المجتهد : ٢ص٢٧٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ص٥ ، المغني : ٤ص٢٤٦ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ص٧ .

بينهما نقص العقل المؤدي بكل منهما لإضاعة المال في غير طريقه الشرعي[1] .

بيع المكره وبيع التلجئة :

بيع المكره :

قال جمهور الحنفية : إن عقود البيع والشراء والإيجار ونحوها من المكره إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ تكون فاسدة ؛ لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة هذه العقود ، لقوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وحينئذ يحق للمستكره فسخ ما عقد أو امضاؤه . ويثبت الملك للمشتري عند القبض كبقية العقود الفاسدة ، ويلزم العقد بقبض المستكره الثمن ، أو تسليم المبيع طوعاً ، إلا أنه يخالف البيع الفاسد في صور منها : أنه يجوز بالإجازة القولية والفعلية ، ويزول الفساد بخلاف غيره من البيوع الفاسدة لا تجوز ، وإن أجيزت ؛ لأن الفساد فيها لحق الشرع ، والفساد هنا إنما كان صيانة لمصلحة خاصة لا لمصلحة شرعية عامة ، وبه يشبه بيع المكره البيع الموقوف ، ومن هنا قالوا : إنه بيع فاسد موقوف .

لذا قال زفر : إن الإكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره ، فيتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه ؛ لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه ، ورأي زفر أقوى دليلاً[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط أن يكون العاقد مختاراً طائعاً في بيع متاع

---

(١) قال الشافعية (تحفة المحتاج وغيرها من شروح المنهاج) : لا ينعقد بيع أربعة وهم : الصبي مميزاً أو غير مميز ، والمجنون ، والعبد ولو كان مكلفاً ، والأعمى ، ويقع بيعهم باطلاً .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٤ص٤ ، ٥ص٨٩ ـ ٩١ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص٣٩٨ ، مختصر الطحاوي : ص٤٠٨ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف١٨٥ في الحاشية ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص٣٢٤ .

نفسه ، فلا ينعقد بيع المكره في ماله بغير حق ، لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[1] .

وأما الإكراه بحق فلا يمنع من انعقاد العقد ، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، مثل الإجبار على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو الأبوين ، أو لأجل وفاء ما عليه من الخراج الحق .

وقال المالكية : بيع المكره غير لازم ، فيكون للعاقد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . هذا ما وجدته في مختصر خليل وشراحه ، لكن قال ابن جزي : يشترط في البائع والمشتري أن يكونا طائعين ، فإن بيع المكره وشراءه باطلان[2] .

بيع التلجئة : صورة بيع التلجئة أو بيع الأمانة : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه . وقد اختلف العلماء في شأنه .

فقال الحنابلة : إنه عقد باطل غير صحيح ، لأن العاقدين ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما كالهازلين . وعبارة الحنفية : بيع المضطر وشراؤه فاسد[3] .

وقال الشافعي : هو بيع صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه ، وأتي باللفظ

(١) أخرجه الطبراني عن ثوبان بلفظ « إن الله تجاوز » قال النووي : حديث حسن ، وتعقبه الهيثمي بأن فيه يزيد بن ربيعة الرحبي ، وهو ضعيف ، ورواه ابن ماجه وابن حبان ، والدارقطني والطبراني والبيهقي والحاكم في المستدرك من حديث الأوزاعي ، واختلف عليه : فقيل : عن ابن عساكر بلفظ « إن الله وضع » وللحاكم والدارقطني والطبراني : « تجاوز » (انظر التلخيص الحبير : ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٢٥٠/٦) .

(٢) الميزان ٦٢/٢ ، حاشية الدسوقي : ٦/٣ ، مغني المحتاج : ٧/٢ ومابعدها ، القوانين الفقهية : ٢٤٦ ، غاية المنتهى : ٥/٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ١١١/٤ ، ٢٥٥ ، المغني : ٢١٤/٤ .

مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد ، فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقد البيع بغير شرط . وأما عدم رضاه بوقوعه فهو كظنه أنه لا يقع ، لا أثر له لخطأ ظنه[1] .

٢ ـ **الشرط الثاني** ـ من شروط صيغة البيع : **أن يكون القبول موافقاً للإيجاب** : بأن يرد على كل ماأوجبه البائع وبما أوجبه[2] فإذا قال إنسان لآخر : بعتك هذين الثوبين بألف ليرة ، فقال المشتري : قبلت في هذا الثوب ، وأشار إلى واحد منهما ، لا ينعقد البيع . وإذا قال لآخر : بعتك هذه الدار بما فيها من مفروشات بألفي ليرة ، فقال المشتري : قبلت شراءها دون مافيها بألف ليرة مثلاً ، لم ينعقد العقد أيضاً ، لتفريق الصفقة على البائع ، والمشتري لا يملك تفريقها ؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ، ترويجاً للرديء بواسطة الجيد .

فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب ، انعقد البيع : لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل طبعاً ، غير أنه لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي طلبه البائع .

ولو قبل بأقل مما ذكر البائع ، لا ينعقد العقد .

وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره ، كأن أوجب البائع البيع بثمن حالّ ، فقبل المشتري بثمن مؤجل ، أو أوجب بأجل إلى شهر معين فقبل المشتري بأجل أبعد منه ، فلا ينعقد البيع في الحالتين ، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب .

٣ ـ **أن يتحد مجلس العقد** : بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، بأن كان الطرفان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الغائب

---

(١) مغني المحتاج : ١٦/٢ .

(٢) البدائع : ١٣٦/٥ ـ ١٣٧ ، مغني المحتاج : ٥/٢ ومابعدها ، كشاف القناع : ١٣٦/٣ ، الأموال ونظرية العقد ليوسف موسى : ٢٥٦ .

بالإيجاب[1] . ونتائج هذا الشرط ما يلي :

لو أوجب أحد الطرفين البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد البيع . ولكن لا يشترط الفور في القبول ؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل ، واعتبر المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات للضرورة .

وكذلك قال المالكية[2] : لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً .

وقال الشافعية والحنابلة[3] : يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب بألا يفصل بينهما فاصل كثير: وهو ما أشعر بالإعراض عن القبول . ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول . ويضر تخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول .

التعاقد حالة المشي أو الركوب : إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين : فإن اتصل الإيجاب والقبول من غير فصل بينهما ، انعقد العقد ، حتى ولو مشيا خطوة أو خطوتين جاز ، فإن كان بين القبول والإيجاب فصل وسكوت ، وإن قل ، لا ينعقد العقد ؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير ، وقاسوا ذلك على قراءة آية السجدة وخيار المخيرة[4] . فلو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الأرض ، أو يسير على دابة لا يصلى عليها ، يلزمه لكل قراءة سجدة ، وكذا لو خير امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها ، فمشت أو سارت : يبطل خيارها لتبدل المجلس ، لأن « التفويض يقتصر على المجلس

(١) البدائع : ١٣٧/٥ ومابعدها ، فتح القدير : ٨٠/٥ ، الأموال للدكتور موسى : ٢٥٧ .

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ١٧/٣ .

(٣) مغني المحتاج : ٥/٢ ـ ٦ ، كشاف القناع : ١٣٦/٣ .

(٤) خيار المخيرة : هو أن يخير الرجل امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه بأن يقول لها : طلقي نفسك إن شئت .

بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليها » وتوكيل الرجل زوجته بتطليق نفسها يقتصر على المجلس[١] .

ولو تبايعا وهما واقفان ، انعقد البيع ، لاتحاد المجلس .

ولو أوجب أحدهما البيع وهما واقفان ، فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً أو سار البائع قبل القبول ، ثم قبل المشتري بعدئذ لا ينعقد ، لأنه لما سار أحدهما أو سارا ، فقد تبدل المجلس قبل القبول ، ويجعل السير دليلاً على الإعراض .

أما لو وقف الزوج ، فخير امرأته ، ثم سار وهي واقفة ، فلها الخيار . ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها ، فالعبرة إذاً لمجلسها لا لمجلس الزوج ، فما دامت في مجلسها ، لم يوجد منها دليل الإعراض ، فيظل لها الخيار . وأما الزوج فلا يبطل كلامه بالإعراض ؛ لأن التخيير من قبله لازم ، أما في البيع فيعتبر مجلسهما جميعاً .

التعاقد على ظهر سفينة أو طائرة : لو تبايع الطرفان على سفينة أو طائرة أو قطار ، انعقد العقد ، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أم جارية ، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة ؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل ، فاعتبر المجلس فيها مجلساً واحداً ، وإن طال ، أما الدابة ، فإنه يستطيع إيقافها .

التعاقد مع غائب : إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو الشراء والآخر غائب ، فبلغه الإيجاب ، فقبل ، لا ينعقد البيع ، كأن يقول : « بعت هذه البضاعة من فلان الغائب » فبلغه الخبر ، فقبل : لا يصح ، لأن القاعدة الأصلية في هذا : أن أحد شطري العقد الصادر من أحد العاقدين في البيع يتوقف على الآخر في مجلس العقد « أي يظل قائماً ساري المفعول ضمن المجلس لا بعده » ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاتفاق ، إلا إذا كان عنه قابل « أي وكيل » أو كان بالرسالة أو الكتابة[٢] .

---

(١) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ٢٤ .

(٢) البدائع : ١٣٧/٥ ومابعدها ، فتح القدير : ٧٩/٥ .

التعاقد بواسطة رسول : أما الرسالة : فهي أن يرسل أحد المتعاقدين رسولاً إلى رجل فيقول المتعاقد الآخر : « إني بعت هذا الثوب من فلان الغائب بكذا » فاذهب إليه ، وقل له : « إن فلاناً باع ثوبه منك بكذا » فجاء الرسول ، وأخبره بما قال ، فقال المشتري في مجلس أداء الرسالة : « اشتريت » أو « قبلت » : تم البيع بينهما ؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه وخوطب بالإيجاب فقبل ، فينعقد العقد .

التعاقد بالمراسلة : أما الكتابة : فهي أن يكتب رجل إلى آخر : « أما بعد ، فقد بعت فرسي منك بكذا » فبلغه الكتاب ، فقال في مجلسه « أي مجلس بلوغ الكتاب » : « اشتريت أو قبلت » . ينعقد البيع لأن خطاب الغائب كتابة يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخوطب بالإيجاب فقبل في المجلس ، فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان لم ينعقد البيع .

وللكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة . ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها .

واتحاد المجلس شرط للانعقاد أيضاً في الإجارة والهبة ، على التفصيل السابق في البيع .

وأما **الخلع** فإن شطر العقد الصادر من الزوج يتوقف « أي يظل ساري المفعول » على قبول الآخر وراء المجلس بالاتفاق ، كأن يقول : خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر ، فقبلت ، جاز .

وأما **النكاح** فهو كالبيع عند أبي حنيفة ومحمد ، لا يتوقف شطر العقد فيه « أي لا يسري مفعوله » إلا إذا كان عن الغائب قابل ، فإذا قال رجل للشهود : « اشهدوا أني قد تزوجت فلانة بكذا » وبلغها الخبر فأجازت أو قالت امرأة : « اشهدوا أني زوجت

نفسي من فلان بكذا » فبلغه ، فأجاز ، لا ينعقد العقد في الحالين عند أبي حنيفة ومحمد إلا إذا كان عن الغائب قابل .

وعنــد أبي يـوسف : يتـوقف شطر العقــد في النكاح على قبـول الآخر فيما وراء المجلس ، فينعقد العقد في هـذين المثـالين بقبول الغـائب ، وإن لم يقبل عنـه أحـد في مجلس العقد .

مبدأ وحدة الصفقة وتفريقها :

الصفقة : ضرب اليد على اليـد في البيع ، والبيعـة للإمـام ، ثم جعلت عبـارة عن العقد نفسه[1] . قال النووي : الصفقة : هي عقد البيع ، لأنه كان من عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد[2] .

والعقد يحتـاج في تكـوينـه كما هو معلوم إلى مبيع ، وثمن ، وبـائع ، ومشتر ، وبيع وشراء . وبـاتحـاد بعض هـذه الأشيـاء مـع بعض وتفرقهـا ، يحصـل اتحـاد الصفقــة ، وتفريقها[3] .

وقد اتفق العلماء على ضرورة اتحـاد الصفقـة من حيث المبـدأ ، لأن من شرائـط انعقاد البيع الشرط المـذكور قريبـاً : وهو أن يكون القبول موافقـاً للإيجـاب ، إلا أن هناك اختلافات جزئية في تحقيق هذا المبدأ أو عدم تحقيقه أي تفريق الصفقة .

فقال الحنفية[4] : لا بد من معرفة ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها ، وذلك إمـا بسبب العاقدين أو بسبب المبيع .

أ ـ أمـا بـالنسبـة للعـاقـدين : فـإن اتحـد شخص الموجب سواء أكان بـائعـاً ، أم

---

(١) العناية بهامش فتح القدير : ٥ ص ٨٠ .

(٢) المجموع للنووي : ٩ ص ٤٢٥ .

(٣) العناية ، المكان السابق ، المجموع : ٩ ص ٤٣٢ وما بعدها .

(٤) فتح القدير : ٥/ ٨٠ ، البدائع : ٥/ ١٣٦ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٤/ ٢٠ .

مشترياً ، وتعدد القابل المخاطب ، لم يجز للقابلين تفريق الصفقة بأن يقبل أحدهما البيع دون الآخر . وإن انعكس الأمر فتعدد الموجب واتحد القابل ، لم يجز للقابل القبول في حصة أحد الموجبين دون الآخر . مثال الحالة الأولى : أن يقول البائع لمشتريين : بعتكما هذه السلعة بألف ليرة ، فقال أحدهما : اشتريت ، ولم يقبل الآخر ، كانت الصفقة متعددة ، فلم ينعقد العقد إلا باتفاق جديد . ومثال الحالة الثانية : أن يقول شخص لمالكي سلعة : اشتريت منكما هذه السلعة بألف ليرة مثلاً ، فباعه أحدهما دون الآخر ، فإن الصفقة تتعدد في هذه الحالة ، فلا ينعقد العقد .

ب ـ وأما بالنسبة للمبيع : فإن اتحد العاقدان ، وقبل أحدهما في بعض المبيع دون بعض ، لم يصح العقد ، لتفرق الصفقة .

وإن اتحد العاقدان ، وتعدد المبيع ، فإما أن يكون المبيع مثليين أو مثلياً وقيمياً وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمشتري أن يقبل في أحد المبيعين ، ويرفض الآخر ، فإن فعل ، تعددت الصفقة ، وحينئذ لا يتم البيع إلا برضا جديد من البائع بما قبل به المشتري ، فيصبح القبول إيجاباً ، والرضا قبولاً ، ويبطل الإيجاب الأول .

غير أن هناك فرقاً بين الحالتين : وذلك في قسمة الثمن على أجزاء المبيع وفي وحدة الصفقة وتعددها . فإذا كان المبيع مثليين كقفيزين من أرز أو كمدين من حنطة أو رطلين من حديد ، وقبل المشتري في أحدهما ، انقسم الثمن بنسبة أجزاء المبيع ، فيكون ثمن الجزء الذي تم فيه المبيع في هذا المثال نصف الثمن الأصلي المذكور لجزئي المبيع ؛ لأن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكانت حصة كل جزء من الثمن معلوماً . وتكون الصفقة عندئذ واحدة . ويشبه المثليات (المكيل والموزون) في قسمة الثمن عليه بالأجزاء ما إذا كان المبيع شيئاً واحداً كحيوان واحد .

وإذا كان المبيع من غير المثليات أي القيميات كثوبين ودابتين ، لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء ، لعدم تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم الثمن في هذه الحالة ،

بقيت حصة كل واحد من جزئي المبيع من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . فإن أريد تصحيح الصفقة فلا بد من أحد أمرين :

إما أن يكرر البائع لفظ البيع بأن يقول : بعتك هذين الثوبين ، بعتك هذا بألف ، وبعتك هذا بألف ، أو اشتريت منك هذين المتاعين ، اشتريت هذا بمائة ، واشتريت هذا بمائة . فيصح العقد ، ويصبح هنا صفقتان .

وإما أن يفرق الثمن على أجزاء المبيع ، بأن يقول البائع : بعتك هذين الكتابين ، هذا بمئة ، وهذا بخمسين ، فقبل المشتري في أحدهما ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة الواحدة من المشتري ، بل البائع هو الذي فرق الصفقة ، حيث سمى لكل واحد من المبيعين ثمناً على حدة ، فكانت هذه الحالة صفقات معنى ، وإلا لو كان غرض البائع ألا يبيع المبيعين للمشتري إلا جملة واحدة ، لم تكن هناك فائدة لتعيين ثمن كل منهما على انفراد .

وإذا تطابق الإيجاب والقبول ، لزم البيع ، ولا خيار لواحد من العاقدين إلا بسبب وجود عيب أو عدم رؤية للمبيع . نصت المادة (٣٥١) من المجلة على ما يأتي : « ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً : فإن كان قبل القبض ، كان المشتري مخيراً : إن شاء رد مجموعه ، وإن شاء قبله بجميع الثمن ، وليس له أن يرد المعيب وحده ، ويمسك الباقي . وإن كان بعد القبض : فإذا لم يكن في التفريق ضرر، كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع . وأما إذا كان في تفريقه ضرر، رد الجميع ، أو قبل الجميع بكل الثمن ، مثلاً : لو اشترى قلنسوتين بأربعين قرشاً ، فظهرت إحداهما معيبة قبل القبض ، يردهما معاً ، وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ، ويمسك الثانية بما بقي من الثمن . أما لو اشترى زوجي خف ، فظهر أحدهما معيباً بعد القبض ، كان له ردهما معاً للبائع ، وأخذ ثمنهما منه » .

وقال أبو حنيفة والمالكية[1] : إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة متقومة وخمر ، أو خنزير ، أو غيرهما ، فالصفقة كلها باطلة . وقال الصاحبان : يصح العقد في الصحيح ، ويفسد في الفاسد . ومنشأ الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه هو : أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عند أبي حنيفة . وأما عند الصاحبين فلا يتعدى إلى الصحيح ، وإنما يقتصر أثر الفساد على الفاسد .

ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة ، صح البيع فيهما ، ويلزم البيع فيما يملكه المالك ، ويتوقف اللزوم في ملك الغير على إجازته ، وهذا باتفاق الحنفية والمالكية ، لأنهم يصححون العقد الموقوف أو عقد الفضولي ، كما سنعلم .

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم[2] : تفريق الصفقة معناه : أن يبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد ، وهو ثلاثة أقسام :

أحدها ـ أن يبيع معلوماً ومجهولاً بثمن واحد ، لقوله : بعتك هذا الكتاب وكتاباً آخر ، وهما ملك له بمئة ليرة مثلاً ، لم يصح البيع فيهما ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته ، والمعلوم مجهول الثمن ، ولا سبيل إلى معرفته ، لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما ، والمجهول لا يمكن تقويمه ، فيتعذر التقسيط .

الثاني ـ أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كشيء مشترك بين اثنين ، فباعه كله أحدهما بغير إذن شريكه ، وكشيئين من المثليات مثل قفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ، فالأصح أن يصح البيع فيما يملكه بقسطه من الثمن ، ويفسد فيما لا يملكه ؛ لأن لكل واحد منهما حكماً مستقلاً حالة إفراده

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٦٠ ، البدائع : ٢١٧/٥ .

(٢) المجموع : ٤٢٥/٩ ـ ٤٣٧ ، المهذب : ٢٦٩/١ ، المغني : ٢٣٦/٤ وما بعدها ، القواعد لابن رجب : ص ٤٢١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٩٨ ، غاية المنتهى : ١٦/٢ .

بالبيع ، فإذا جمع مع غيره ثبت لكل واحد منها حكمه الخاص به ، كما لو باع رجل شقصاً[1] وسيفاً فإنه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف ، كما لو أفرده .

الثالث ـ أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء أي أن تشتمل الصفقة على حلال وحرام كخل وخمر وشاة وخنزير ، وميتة وشاة مذكاة ، ونحوها من القيميات ، فأصح القولين عند الشافعي وفي رواية عند الحنابلة عن أحمد أن البيع يصح في الحلال ويبطل في الحرام[2] . وفي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه ثلاثة عند الشافعية أشهرها أنه يوزع الثمن على المبيعين باعتبار الأجزاء ، فيقدر الخمر خلاً ، والخنزير شاة ، والميتة مذكاة . وهذا ما قاله أنصار هذه الرواية الأولى عن أحمد .

ورجح ابن قدامة الحنبلي الرواية الثانية عن أحمد : وهو أنه يفسد البيع في المبيعين جميعاً .

فإن كانت الصفقة مشتملة على مال للبائع ومال لغيره لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن البيع يصح فيما يملكه ، ويبطل فيما لا يملكه ويوزع الثمن حسب القيمة لكل منهما ، وعند الحنابلة : الأصح أنه يبطل البيع في المبيعين جميعاً .

وقال الحنابلة والشافعية فيما يتعلق بخيار تفرق الصفقة : متى صح البيع في بعض الصفقة : فإن كان المشتري عالماً بالحال كأن يعلم أن المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كما ذكرنا ، فلا خيار له ، لأنه اشترى على بصيرة . وإن لم يعلم بالحال ، مثل

---

(١) الشقص : الطائفة من الشيء ، والمراد به هنا قطعة من أرض أو دار.

(٢) بهذا يعرف المقصود من عبارة يتردد ذكرها عند الشافعية وهي «قولا تفريق الصفقة» الأشهر عند الشافعية : أنها تفرق الصفقة ، فيبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما بأولى من تصحيحه فيهما . والقول الثاني : أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما .

أن يشتري رجل متاعاً يظنه كله للبائع ، فبان أنه لا يملك إلا نصفه ، أو متاعين فتبين أنه لا يملك البائع إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والإمساك ، لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع عند إمساك المشتري جزء المبيع ، فلا خيار له في الأصح ؛ لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه من الثمن .

فإن تلف أحد المبيعين صفقة واحدة قبل القبض ، فيفسخ العقد في التالف بلا خلاف . وأما الباقي فللمشتري الخيار فيه بين إمساكه بحصته من الثمن ، وبين الفسخ ، لتبعض الصفقة عليه .

وقال الظاهرية[1] : كل صفقة جمعت حراماً وحلالاً ، فهي باطل كلها ، لا يصح منها شيء ، مثل أن يكون بعض المبيع مغصوباً ، أو غير مملوك للبائع ، أو آل إليه بعقد فاسد .

والخلاصة : أن جمهور العلماء يبطلون الصفقة المشتملة على حلال وحرام أو مملوك وغير مملوك . وقال الشافعية كما رجح النووي : يصح العقد فيما يجوز ، ويبطل فيما لا يجوز .

ثانياً ـ شروط النفاذ :

لنفاذ[2] العقد شرطان :

١ ـ الملك أو الولاية : الملك هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي ، فالقيم على المجنون أو السفيه ، والوصي على القاصر ، لا يعتبر أحدهما مالكاً يتصرف في الشيء ، على حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهم مالكاً ؛ لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا

---

(١) المحلى : ٩/ ٢٠ .

(٢) النفاذ في الأصل المضي والجواز، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن .

المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره[1]

والولاية: سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه، أو نيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك كالوكيل أو بإنابة الشارع كالأولياء وهم: الأب والجد والقاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي وترتيبهم كالآتي: الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه[2].

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، فلا ينفذ بيع الفضولي، لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفاً على إجازة المالك.

واعتبر الشافعي الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي عنده باطلة. وسنبحث ذلك بالتفصيل قريباً[3].

٢ ـ ألا يكون في المبيع حق لغير البائع:

إن كان في المبيع حق لغير البائع كان العقد موقوفاً غير نافذ، وعلى هذا فلا ينفذ بيع الراهن المرهون، ولا بيع المؤجر المأجور، وإنما يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن، أو المستأجر، وليس فاسداً، وهذا هو الصحيح عند الحنفية؛ لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور على التسليم، من غير ضرر يلزمه[4].

وذكر الأستاذ مصطفى الزرقاء: أن الرأي الراجح فقهاً: أنه لا يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وإن كانا أصحاب حق في المبيع، إذ الإجازة

---

(١) الأموال ونظرية العقد: ص ١٦٥.

(٢) المرجع السابق: ص ٣٤٨، حاشية ابن عابدين: ٤/٦، البدائع: ٥/١٥٥.

(٣) البدائع: ٥/١٤٨.

(٤) البدائع: ٥/١٥٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٦.

لا تكون شرعاً إلا لمالك أو ذي ولاية ، بل البيع نافذ ، ولكن لا يسلم المبيع إلى المشتري دون رضا المرتهن أو المستأجر صيانة لحقهما ، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر إلى فكاك الرهن أو إلى انقضاء مدة الإجارة ليستلم المبيع[1] .

تقسيم البيع من حيث النفاذ والوقف :

يترتب على ما ذكرناه من شروط النفاذ عند الحنفية أن البيع قسمان : نافذ وموقوف .

أما **البيع النافذ** : فهو أن يتوافر فيه ركن العقد مع وجود شرائط الانعقاد والنفاذ .

وأما **البيع الموقوف** : فهو أن يوجد فيه ركن العقد مع وجود شرائط الانعقاد ، ولكن لم يوجد فيه شرط النفاذ : وهو الملك أو الولاية .

واختلال شرط النفاذ : يكون إما في المبيع كما في بيع الفضولي شيئاً لغيره ، وإما في التصرف كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائهما .

آراء العلماء في تصرف الفضولي :

الفضولي في الأصل : من يشتغل بما لا يعنيه أو يعمل عملاً ليس من شأنه ، ومنه سمي فضولياً : من يتصرف في شيء أو يعقد عقداً من العقود ، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به ، كمن يبيع أو يشتري للغير ، أو يؤجر أو يستأجر لغيره ، دون وكالة أو وصاية أو ولاية له على العقد ، وبدون إذن من الغير[2] . وبيع الإنسان ملك غيره دون إذن منه شائع في الحياة العملية كما في بيع الأزواج ملك زوجاتهم أو بيع الأفراد ملك الحكومة أو ملك من تغيب حتى طالت غيبته .

---

(١) عقد البيع : ص ٣١ ، رد المحتار لابن عابدين : ٥ / ٣٦١ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ١٧١ ، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٨٠ ، أصول البيوع المنوعة للأستاذ عبد السميع : ص ١٣٤ .

ويلاحظ أن الفضولي: هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له، وإلا كان تصرفه من بيع ما لا يملك، وهو منهي عنه.

ومحل بحثنا: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط: إن رضي به صاحب المال أمضي البيع، وإن لم يرض فسخ، أو يشتري الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري، صح الشراء وإلا لم يصح[1]، فالفضولي: هو المتصرف للغير بغير إذنه. وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرف الفضولي.

فأما الحنفية: فقد فرقوا بين البيع والشراء، ففي حالة البيع ينعقد تصرف الفضولي صحيحاً موقوفاً، سواء أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك، لأنه لا يمكن نفاذ العقد على العاقد.

وفي حالة الشراء: إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه، مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره، كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره.

وأما إن أضاف الشراء لغيره أو لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولي بأن كان صبياً أو محجوراً عن التصرف، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة الغير، أو من اشترى له، فإن أجازه نفذ عليه، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد.

وفي الجملة: إن تصرفات الفضولي جائزة موقوفة على إجازة صاحب الشأن عند الحنفية[2]، وتصرفات الفضولي مثل بيع المسلم فيه والمغصوب وبيع الوكيل[3] هي من الحالات المستثناة من بيع ما ليس مملوكاً للإنسان.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ١٧١.

(٢) البدائع: ٥/ ١٤٨ ـ ١٥٠، فتح القدير مع العناية بهامشه: ٥/ ٣٠٩ وما بعدها، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ٥ ـ ٦.

(٣) يصح بيع المسلم فيه وإن لم يكن مملوكاً للبائع وقت العقد، وأما المغصوب فيصح بيعه من الغاصب ويضمن قيمته، وبيع الوكيل نافذ.

وقال المالكية : تعتبر تصرفات الفضولي وعقوده بصفة عامة في حالة البيع وحالة الشراء منعقدة موقوفة على إجازة صاحب الشأن . فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة[1] .

استدل الحنفية والمالكية بآيات البيع التي وردت عامة لم يستثن منها كون العاقد فضولياً ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ يا أيُّها الَّذينَ آمَنُوا لا تَأْكُلوا أمْوالكُمْ بَينَكُمْ بالباطِلِ ، إلا أنْ تكونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ مِنكُم ﴾ وقوله : ﴿ فَإذا قُضيت الصلاة فانتَشِروا في الأرْضِ وابْتَغوا منْ فَضْلِ الله ﴾ .

والفضولي كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله ، وربما كان في العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه أي ضرر بأحد ؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد ، إن لم يجد فيه فائدته . وقد ثبت أن الرسول ﷺ فيما يرويه البخاري وغيره : أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة ، فقال : « بارك الله لك في صفقة يمينك » . وروى الترمذي وأبو داود عن حكيم بن حزام : أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحيها ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداهما بدينار جاء به هو والشاة للرسول ﷺ ، فأثنى عليه ، ودعا له بالبركة قائلاً : « بارك الله لك في صفقتك »[2] فالنبي عليه السلام لم يأمر في الحالتين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع .

وقال الحنابلة[3] : لا يصح تصرف فضولي مطلقاً أي ببيع أو شراء أو غيرهما ، ولو أجيز تصرفه بعد وقوعه إلا إن اشترى الفضولي في ذمته ، ونوى الشراء لشخص لم يسمه ، فيصح ، أو اشترى بنقد حاضر ونوى لشخص لم يسمه ، فيصح ، ثم إن أجاز

---

(١) بداية المجتهد ، المرجع السابق ، حاشية الدسوقي : ٣/١٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ .

(٢) انظر سبل السلام : ٣/٣١ .

(٣) كشاف القناع : ٢/١١ وما بعدها ، القواعد لابن رجب : ص ٤١٧ ، غاية المنتهى : ٢/٨ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : ٣/١٨ .

الشراء من اشتري له ، ملكه من حين الشراء ، وإن لم يجزه وقع الشراء للمشتري ولزمه حكمه . وقال ابن رجب : تصرف الفضولي جائز موقوف على الإجازة إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه ، وتعذر استئذانه إما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره .

ونصت المادة (١٣) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أحمد : « تصرف الفضولي باطل ، ولو أجيز بعد ، إلا إذا اشترى في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه ، فيصح البيع » .

وقال الشافعية والظاهرية : يشترط في المبيع أن يكون مملوكاً لمن له العقد ، فبيع الفضولي باطل من أساسه لا ينعقد أصلاً فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن ، ودليلهم ما رواه أبو داود والترمذي ـ وقال : إنه حسن ـ عن النبي ﷺ قال : « لا بيع إلا فيما تملك » . وصح أيضاً النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان[١] أي ما ليس مملوكاً للبائع ، وذلك للغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، وما يترتب عليه من النزاع . وقالوا عن حديث عروة البارقي أو حكيم بن حزام : إنه محمول على أنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلمها[٢] ، فهي وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير فينفذ تصرفه . وأما شراء الفضولي في رأي هؤلاء فيعتبر شراء لنفسه ، ويلزمه هو وحده ولا ينتقل الملك عنه إلى غيره إلا بعقد جديد كما هو رأي الحنفية .

شروط إجازة تصرف الفضولي :

اشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شروطاً[٣] :

---

(١) نص الحديث رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن حكيم بن حزام ، وهو أن النبي ﷺ قال له : « لا تبع ما ليس عندك » حسنه الترمذي (انظر نصب الراية : ٤/ ٤٥ ، نيل الأوطار : ٥/ ١٥٥) .

(٢) مغني المحتاج : ٢/ ١٥ ، المجموع للنووي : ٩/ ٢٨١ ، ٢٨٤ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٥/ ١٤٩ ـ ١٥١ ، فتح القدير : ٥/ ٣١١ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/ ١٤٢ .

١ ـ أن يكون للعقد مجيز حالة العقد : أي من كان يستطيع إصدار العقد بنفسه ، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن بإتمام العقد للحال ، وبعد صدور التصرف . وأما ما لا مجيز له فلا يتصور منه الإذن للحال ، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث . وعلى هذا : إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ ، أو وهب ماله ، أو تصدق به ، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة ؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسه ، فيستطيع لهذا أن يجيزها بعد وقوعها ، فكان للتصرف مجيز حال العقد . أما لو فعل فضولي شيئاً مما ذكر بالنسبة لصغير، فلا ينعقد العقد ؛ لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ، فلم يكن لها مجيز حين العقد ، وكذلك ولي الصبي لا قيمة لإجازته ؛ لأنه لا يملك أيضاً هذه التصرفات بنفسه .

٢ ـ أن تكون الإجازة حين وجود البائع ، والمشتري ، والمالك ، والمبيع ، فلو حصلت الإجازة بعد هلاك أحد هؤلاء ، بطل العقد ولم تفد الإجازة شيئاً ؛ لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد ، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه .

٣ ـ ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن ، على ما بينّا في ص ١٧٠ .

فسخ عقد الفضولي :

فسخ العقد الصادر من الفضولي كبيع مثلاً : قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع كما هو واضح ، وقد يكون من الفضولي البائع قبل إجازة المالك ، حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك ، وقد يكون من المشتري ليدفع عن نفسه ما قد يلحقه من ضرر بشرائه من غير صاحب الشأن .

أما في عقد الزواج : فليس للفضولي فسخه ، لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن[1] .

---

(١) البدائع : ٥/١٥١ ، فتح القدير : ٥/٣٠٩ـ ٣١٢ .

هل للفضولي الواحد أن يعقد العقد عن الطرفين ؟

إذا باع الفضولي دار إنسان مثلاً وهما غائبان ، وقبل عن المشتري ، أو زوج إنساناً من امرأة وقبل عنهما ، فلا ينعقد العقد ؛ لأن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد ، كما سبق بيانه ، فلا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس في سائر العقود من نكاح وبيع وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه الإجازة اتفاقاً .

وعلى هذا : إذا كان الشخص في عقد النكاح فضولياً من الجانبين أو من جانب واحد وكان من الجانب الآخر أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً ، فلا يتوقف إيجابه ، بل يبطل عند أبي حنيفة ومحمد ، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين : أي إيجاب وقبول ، كزوجت فلاناً وقبلت عنه . وقال أبو يوسف : يتوقف إيجاب الفضولي على قبول الغائب ، كما يتوقف اتفاقاً لو قبل عنه فضولي آخر ، فلو زوج فضولي رجلاً من امرأة بغير علمهما جاز ، وتوقف على قبولهما ، فإن قبلا نفذ العقد ، وإن رفضا لم ينفذ .

دليل الطرفين : أن قبول الفضولي غير معتبر شرعاً ؛ لأن الإيجاب لما صدر من الفضولي ، وليس له قابل في المجلس ، ولو فضولياً آخر ، صدر باطلاً ، غير متوقف على قبول الغائب ، فلا يفيد قبول العاقد بعده .

وبعبارة أخرى : إن الموجود حينئذ هو شطر العقد ، ولا يمكن أن يعتبر الشطر الآخر متحققاً إلا بوكالة أو ولاية .

ودليل أبي يوسف : أن عبارة الفضولي تتضمن شطري العقد ، فيجوز كما في الولي والوكيل[1] .

تصرف الصبي المميز :

إذا كان الصبي عاقلاً مميزاً : تصح تصرفاته في رأي الحنفية والحنابلة موقوفة على

---

١) انظر حاشية ابن عابدين : ٤٤٨/٢ ، الأحوال الشخصية للأستاذ المرحوم الدكتور مصطفى السباعي : ٩٥/١ .

إجازة وليه ، مادام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم توجد الإجازة من وليه حال صغره . فلو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فأجاز بنفسه جاز[1] ، وقد سبق ذكره ، وتعرضنا له هنا لصلته بالبيع الموقوف .

ثالثاً ـ شروط صحة البيع :

شروط الصحة قسمان : عامة وخاصة[2] .

فالشروط العامة : هي التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً . وهي إجمالاً أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة ، وهي : الجهالة ، والإكراه ، والتوقيت ، والغرر ، والضرر ، والشروط المفسدة .

الأول ـ الجهالة : يراد بها الجهالة الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة ، كما لو باع إنسان شاة من قطيع . وهذه الجهالة أربعة أنواع :

١ ـ جهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري .

٢ ـ جهالة الثمن كذلك : فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله ، أو بما سيستقر عليه السعر .

٣ ـ جهالة الآجال ، كما في الثمن المؤجل ، أو في خيار الشرط ، فيجب أن تكون المدة معلومة وإلا فسد العقد . ويلاحظ أن الذي يجوز تأجيله لأجل معلوم في عقد البيع هو الثمن أو المبيع إذا كان كل منهما ديناً ثابتاً في الذمة ، فإن كان الثمن أو المبيع عيناً ، فلا يجوز تأجيله باتفاق العلماء ، فلو باع شخص سلعة معينة على أن يسلمها بعد شهر ، أو اشترى شخص آخر بثمن عين على أن يدفع الثمن بعد شهر ، فالبيع فاسد ،

---

(١) البدائع : ١٤٩/٥ ، المغني : ٢٤٦/٤ .

(٢) انظر التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٦/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء ص٢٥ ومابعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص٣٩٤ ومابعدها .

ولو كان الأجل معلوماً ؛ لأن الأجل شرع ترفيها ليتمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه ، وهذا أمر يليق بالديون لأنها ليست معينة في البيع ، ولا يليق بالأعيان المعينة لأن المبيع العين معين حاضر ، فيكون تأخير تسليمه ملحقاً ضرراً من غير فائدة أو تحصيلاً لحاصل[1] .

٤ ـ الجهالة في وسائل التوثيق ، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد .

الثاني ـ الإكراه : هو حمل المستكره على أمر يفعله وهو نوعان :

١ ـ إكراه ملجئ أو تام : وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكره عليه ، وذلك كالتهديد بالقتل أو الضرب الذي يخشى منه ضياع عضو .

٢ ـ إكراه غير ملجئ أو ناقص : كالتهديد بالحبس أو الضرب أو إيقاع الظلم به كمنع ترقيته في وظيفته أو إنزاله درجة .

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع ، فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية وموقوفاً عند زفر . فيملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر فاسداً ، ولا يملكه مطلقاً بالقبض إذا اعتبر موقوفاً ، والأرجح اعتبار عقد المكره موقوفاً ، لأنه باتفاق الحنفية إذا أجازه المستكره بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم في حقه ، وهذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد[2] .

الثالث ـ التوقيت : هو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال : بعتك هذا الثوب شهراً أو سنة ، فيكون البيع فاسداً ، لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت .

---

(١) راجع فتح القدير : ٢١٩/٥ ، المجموع : ٣٧٣/٩ ، بداية المجتهد : ١٥٥/٢ .

(٢) انظر البدائع : ١٨٨/٧ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ٣٦٤/١ في الحاشية ف١٨٥ .

الرابع ـ الغرر : المراد بـه غرر الوصف ، كما لـو بـاع بقرة على أنها تحلب كـذا رطلاً ، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص .

أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار ، فـإنـه شرط صحيح . وأمـا غرر الوجود فهو مبطل للبيع لنهي النبي ﷺ عن بيـع الغرر[1] : وهـو مـا كان المبيـع فيـه محتملاً للوجود والعدم ، كبيع نتاج النتاج ، وبيع الحمل الموجود .

الخامس ـ الضرر : يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع ، فيما سوى المبيع من ماله ، كما لو باع جذعاً معيناً في سقف مبني ، أو ذراعـاً من ثوب يضره التبعيض ، فإن التنفيذ يقضي بهدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب .

وبما أن الفساد هنا لصيانة حق شخصي ، لا لحق الشرع ، قرر الفقهـاء أن البـائع لو نفذ الضرر على نفسـه ، بـأن قلع الجـذع أو قطع الثوب وسلمـه إلى المشتري ، انقلب البيع صحيحاً .

السادس ـ الشرط المفسد : هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين ، إذا لم يكن قد ورد به الشرع ، أو جرى به العرف ، أو يقتضيه العقد ، أو يلائم مقتضـاه ، مثل أن يبيع سيارة على أن يستخدمهـا شهراً بعـد البيع ، أو داراً على أن يظل مقيمـاً بهـا مـدة معينة ، أو أن يشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال .

والشرط الفاسد إذا وجد في عقد من عقود المعاوضـات المـاليـة كالبيع والإجـارة والقسمـة مثـلاً أفســده ، ولكنــه يكـون لغـواً في العقـود الأخرى ، مثـل التبرعـات والتوثيقات والزواج ، وتكون هذه العقود حينئذ صحيحة[2] .

وقـد علق الأستـاذ مصطفى الزرقـاء على ذلـك ، فقـال : وبمـا أن عرف النـاس

---

(١) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (انظر جامع الأصول : ١/٤٤١ ، مجمع الزوائد : ٤/٨٠) .

(٢) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى : ص٤٢٣ .

مصحح للشروط في نظر الفقهاء، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس، وشاع بينهم اشتراطه. وعندئذ نستطيع القول: بأن الشرط الفاسد قد زال فقهياً من معاملات الناس بمفعول الزمن، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه[1].

وأما الشروط الخاصة: فهي التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض وهي كما يأتي:

١ - القبض في بيع المنقولات: أي أنه إذا باع شخص شيئاً من المنقولات التي كان قد اشتراها، فيشترط لصحة بيعه: أن يكون قد قبضها من بائعها الأول، لأن المنقول يكثر هلاكه، فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر، أما إذا كان عقاراً فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي.

٢ - معرفة الثمن الأول إذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو إشراكاً. وسنذكر تفسيرها.

٣ - التقابض في البدلين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً.

٤ - توافر شروط السلم التي سيأتي ذكرها إذا كان البيع سلماً.

٥ - المماثلة في البدلين إذا كان المال ربوياً والخلو عن شبهة الربا.

٦ - القبض في الديون الثابتة في الذمة، كالمسلم فيه، ورأس مال السلم، وبيع شيء بدين على غير البائع، فلا يصح بيعها من غير من عليه الدين إلا بعد قبضها. مثاله: لا يصح لرب السلم أي (المشتري) أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه (البائع)، ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه.

---

(١) عقد البيع: ص٢٨.

رابعاً ـ شروط لزوم البيع :

شرائط اللزوم تأتي بعد شرائط الانعقاد والنفاذ ، فيشترط للزوم البيع : خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد : مثل خيار الشرط والوصف والنقد والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن مع التغرير . فإذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار ، فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، كما سيأتي في مباحث الخيارات[1] .

هذه هي شروط البيع بأنواعها الأربعة : فإذا فقد شيء من شرائط الانعقاد بطل البيع ، أو من شرائط الصحة فسد ، أو من شرائط النفاذ توقف ، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخه .

ويلاحظ أن الانعقاد يقابله البطلان ، والصحة يقابلها الفساد ، والنفاذ يقابله التوقف ، واللزوم يقابله عدم اللزوم أي التخيير .

خلاصة أنواع شروط البيع في المذاهب وبيان الاتفاق والاختلاف فيها :

اختلف الفقهاء في أنواع شروط البيع ، فهي عند الحنفية ثلاثة وعشرون شرطاً ، وفي مذهب المالكية أحد عشر شرطاً ، ولدى الشافعية اثنان وعشرون شرطاً ، وفي رأي الحنابلة أحد عشر شرطاً .

الشروط في مذهب الحنفية :

شروط البيع عند الحنفية أربعة أقسام : شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم ، وجملتها ثلاثة وعشرون شرطاً[2] .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٦/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص٣٢ .

(٢) البدائع : ١٣٥/٥ ـ ١٤٨ ، ١٥٥ .

أما شروط الانعقاد، فهي أربعة أنواع :

النوع الأول ـ شروط العاقد : يشترط في العاقد ، سواء أكان بائعاً أم مشترياً شرطان هما :

١ً ـ أن يكون عاقلاً أو مميزاً : فلا ينعقد بيع المجنون ولا شراؤه ، ومثله الصغير غير المميز.

٢ً ـ أن يكون متعدداً : فلا ينعقد البيع بشخص واحد ، بل يلزم أن يكون الإيجاب من شخص ، والقبول من شخص آخر ، إلا الأب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين ، يكون كل منهم بائعاً ومشترياً بنفسه .

النوع الثاني ـ شروط الصيغة : يشترط في صيغة العقد من الإيجاب والقبول ثلاثة شروط هي :

١ً ـ سماع الصيغة : فلا ينعقد البيع إلا إذا سمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه .

٢ً ـ توافق الإيجاب والقبول : بأن يقبل المشتري كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه من الثمن ، فإذا اختلف القبول مع الايجاب ، لا ينعقد البيع ، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير، بأن يقبل المشتري زيادة عن الثمن الموجب به .

٣ً ـ اتحاد مجلس العقد : بأن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد ، دون فاصل ، فإن اختلف المجلس لا ينعقد البيع ، وإن تخلل انقطاع أجنبي عن العقد بأن يقوم أحدهما عن المجلس قبل القبول ، أو يشتغل بعمل آخر ، لم ينعقد البيع . واعتبر المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات بحسب عرف التعاقد وعادة الناس . ولا يشترط الفور في القبول ؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل .

وفي التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة يعتبر مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى الثاني هو مجلس التعاقد .

النوع الثالث ـ شروط المعقود عليه : يشترط في المعقود عليه خمسة شروط هي :

١ً ـ أن يكون المبيع مالاً : وهو ما يمكن الانتفاع به في العادة ، فلا ينعقد بيع الميتة وبيع اليسير من المال كحبة حنطة ؛ لأنه ليس بمال .

٢ً ـ أن يكون متقوماً : وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً ، فلا ينعقد بيع الخمر والخنزير ؛ إذ لا يباح الانتفاع بهما شرعاً . وقد جمعنا هذين الشرطين سابقاً في شرط واحد .

٣ً ـ أن يكون محرزاً أي مملوكاً في نفسه : وهو ما دخل تحت حيازة ملك خاص ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك لأحد من الناس ، كالعشب المباح ولو في أرض مملوكة .

٤ً ـ أن يكون المعقود عليه موجوداً حين التعاقد : فلا ينعقد بيع المعدوم كنتاج النتاج (ولد الولد) ، ولا ماله خطر العدم واحتمال الوجود كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع .

٥ً ـ أن يكون مقدور التسليم حين العقد : فلا ينعقد بيع السمك في الماء والطير في الهواء .

النوع الرابع ـ شرط البدل :

وهو شرط واحد وهو أن يكون مالاً متقوماً قائماً ، فلا ينعقد البيع بثمن لا يعد مالاً متقوماً كالخمر والخنزير .

وأما شروط الصحة : فهي قسمان : عامة وخاصة .

أما العامة : فهي المتعلقة بكل أنواع البيع ، وهي جميع شروط الانعقاد المذكورة آنفاً ؛ لأن كل عقد لا ينعقد ، فلا يصح أيضاً ، ويزاد عليها شروط أربعة هي :

١ً - أن يكون المبيع معلوماً والثمن معلوماً علماً يمنع من المنازعة : فلا يصح بيع المجهول كشاة من قطيع غنم ، ولا أن يبيع شيئاً بثمن مجهول غير معين ، كأن يبيع شيئاً بقيمته ، أو بما في يده أو جيبه .

٢ً - ألا يكون البيع مؤقتاً : فإن أقته بوقت لا يصح ؛ لأن مقتضى البيع هو إفادة نقل الملكية في البدلين (المبيع والثمن) أبدياً على الدوام .

٣ً - أن يكون للبيع فائدة : فلا يصح بيع درهم بدرهم مساوٍ له .

٤ً - أن يخلو عن الشرط المفسد : وهو كل شرط فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين ، إذا لم يرد به الشرع ، ولم يجر به العرف ، ولا يلائم مقتضى العقد ، كاشتراط أن تكون الدابة حاملاً ، أو أن ينتفع بالمبيع مدة بعد البيع ، أو أن يقرض المشتري البائع مبلغاً من المال .

وأما الشروط الخاصة ببعض أنواع البيوع فهي خمسة :

١ً - القبض في بيع المنقول والعقار الذي يخشى هلاكه : فإن اشترى شخص شيئاً ، لم يصح بيعه لآخر قبل قبضه للنهي عن بيع مالم يقبض . أما العقار الذي لا يخشى هلاكه ، فيجوز بيعه قبل القبض في رأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف .

٢ً - أن يكون الثمن الأول معلوماً في بيوع الأمانة : وهي بيع المرابحة والتولية والوضيعة .

٣ً - التقابض والتساوي في البدلين المتحدي الجنس وكانا مما يكال أو يوزن ، وهذا شرط في بيع الأموال الربوية .

٤ً - توافر شروط السلم الخاصة به مثل قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد .

٥ً - ألا يكون أحد البدلين دَيْناً في بيع الدين إلى غير المدين .

وأما شروط النفاذ : فهي اثنان :

١ً ـ أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، أو له عليه ولاية : فلا ينفذ بيع غير المملوك للبائع وهو بيع ملك الغير أو بيع الفضولي ، إلا في عقد السلم ، فإنه يصح بيع ما سيملكه بعد العقد .

٢ً ـ ألا يكون في المبيع حق لغير البائع : فلا ينفذ بيع المرهون والمأجور ؛ لأنه وإن كان مملوكاً له ، ولكن للغير حق فيه .

وأما ما يشترط في لزوم العقد ؛ فهو شرط واحد :

وهو خلو البيع من الخيار ، فلا يلزم البيع المشتمل على الخيار ، ويجوز فسخه .

شروط البيع في مذهب المالكية :

اشترط المالكية شروطاً في العاقد وفي الصيغة وفي المعقود عليه ، وجملتها أحد عشر شرطاً[١] .

أما شروط العاقد بائعاً أو مشترياً فهي ثلاثة ، يزاد عليها رابع في البائع :

١ً ـ أن يكون كل من البائع والمشتري مميزاً : فلا ينعقد بيع الصبي غير المميز ، والمجنون والمغمى عليه والسكران . أما بيع المميز فلا يلزم وإن كان صحيحاً إلا إذا كان وكيلاً عن مكلف ، فإن بيعه يلزم .

٢ً ـ أن يكون كلاهما مالكين ، أو وكيلين لمالكين ، أو ناظرين عليهما : فينعقد بيع الفضولي : وهو الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه بغير إذنه ، ويتوقف على إذن المالك .

٣ً ـ أن يكونا طائعين : فبيع المكره وشراؤه باطلان . والمعتمد لدى المالكية أن بيع المكره غير لازم .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ ومابعدها ، بداية المجتهد : ١٢٥/٢ ـ ١٢٧ ، ١٦٨ ـ ١٧١ .

٤ً ـ أن يكون البائع رشيداً : فلا ينفذ بيع السفيه والمحجور ، وشراؤه موقوف على إجازة وليه .

ولا يشترط الإسلام في العاقد إلا في شراء العبد المسلم ، وفي شراء المصحف . ويصح بيع الأعمى وشراؤه .

وأما شروط الصيغة فهي اثنان :

١ً ـ أن يتحد المجلس : بأن يكون القبول مع الإيجاب في مجلس واحد : فلو قال البائع للمشتري : بعتك الكتاب بكذا ، فلم يجبه ، ثم تفرقا عن المجلس ، لم ينعقد البيع .

٢ً ـ ألا يفصل بين الايجاب والقبول فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً : فإن وجد فاصل يدل على الإعراض عرفاً ، لم ينعقد البيع .

وأما شروط الثمن والمثمن فهي خمسة :

١ً ـ أن يكون غير منهي عنه شرعاً : فلا ينعقد بيع الميتة والدم ومالم يقبض .

٢ً ـ أن يكون طاهراً : فلا يجوز بيع النجس كالخمر والخنزير ، والمشهور منع بيع العاج والزبل والزيت النجس مطلقاً . وأجاز ابن وهب ذلك البيع ، فمن رأى أن عاج الفيل ناب جعله كالميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن .

٣ً ـ أن يكون منتفعاً به شرعاً : فلا يجوز بيع مالا منفعة فيه كالكلاب والخِشاش (الحشرات) وآلات اللهو ، واختلف المالكية في بيع الكلاب للصيد والغنم على رأيين .

٤ً ـ أن يكون معلوماً للعاقدين : فلا يجوز بيع المجهول .

٥ً ـ أن يكون مقدوراً على تسليمه : فلا ينعقد بيع معجوز التسليم كالسمك في الماء .

شروط البيع في مذهب الشافعية :

اشترط الشافعية اثنين وعشرين شرطاً وهي إما في العاقد ، وإما في الصيغة ، وإما في المعقود عليه[1] .

أما شروط العاقد فهي أربعة :

١ً ـ الرشد : وهو أن يكون بالغاً عاقلاً ، مصلحاً لدينه وماله : فلا ينعقد بيع صبي وإن قصد اختباره ، ولا من مجنون ، ولا من محجور عليه بسفه . لكن لو أتلف الصبي أو تلف عنده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيد ، وأقبضه له ، لم يضمن ؛ لأن المُقبض أو المُسلِّم هو المضيع لماله ، هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فيغرم بعد البلوغ ، كما نص عليه الشافعي في الأم في باب الإقرار . أما إن تسلم المبيع من صبي مثله ، ولم يأذن الوليان لهما ، ضمن كل منهما ما قبض من الآخر . فإن كان التسليم بإذن الوليين ، فالضمان عليهما فقط ، لوجود التسليط منهما .

وعلى البائع للصبي رد الثمن إلى وليه ، فلو رده إلى الصبي ، ولو بإذن الولي ، وهو ملك الصبي ، لم يبرأ منه . وإن رده للولي برئ منه . هذا أي عدم البراءة ما إذا لم يكن المبيع في مصلحة تتعلق ببدن الصبي من مأكل أو مشرب ونحوهما ، وإلا برئ .

٢ً ـ عدم الإكراه بغير حق : فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق ، لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .

ولا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة ، فتبطل به في الأصح ، ولا لفعله إلا في الرضاع والحدث والتحول عن القبلة وترك القيام في الفريضة مع القدرة ، وكذا القتل ونحوه في الأصح .

أما الإكراه بحق : فيصح ، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، كمن توجه عليه دين ،

---

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٥ ـ ١٦ ، تحفة الطلاب : ص ١٤١ ـ ١٤٥ .

وامتنع من الوفاء والبيع ، فإن شاء القاضي ، باع ماله بغير إذنه ، لوفاء دينه ، وإن شاء عزره وحبسه إلى أن يبيعه .

٣ً ـ إسلام من يشترى لـه مصحف ونحـوه من كتب حـديث وآثـار سلف وكتب فقه فيها شيء من القرآن والحديث وآثـار السلف ، لما في ذلك من الإهانة لها : فلا يصح شراء الكافر المصحف ونحوه مما ذكر ، ولا شراء الكافر العبد في الأظهر ، لما فيه من إذلال المسلم ، ولقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ .

٤ً ـ ألا يكون المشتري حربياً محارباً في بيع آلات الحرب كسيف ورمح ونحوهما ، لتقوي الحربيين بها على المسلمين ، واستعانتهم بذلك على قتالنا . أما غير عُدَّة الحرب ، ولو مما يصنع منه كالحديد ، فيجوز بيعه للحربي ؛ إذ لا يتعين جعله عدة حرب . والذمي في دار الحرب كالحربي .

وأما شروط الصيغة فهي ثلاثة عشر :

١ً ـ الخطاب : بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه ، كأن يقول لـه : بعتك كذا ، فلو قال : بعت لزيد ، فلا يصح

٢ً ـ أن يقع الخطاب على جملة المخاطب : كأن يقول له : بعتك ، أما لو قال لـه : بعت يدك أو رأسك مثلاً ، فلا يصح .

٣ً ـ أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب : فلو وجه الايجاب ، فقبل عنه آخر ليس وكيلاً عنه ، فلا يصح البيع . ولو مات المخاطب به قبل قبوله ، فقبل وارثه ، لم ينعقد البيع ، وكذا لو قبل وكيله أو موكله .

٤ً ـ أن يذكر البادئ بالكلام الثمن والمثمن : كأن يقول : بعتك هذا الشيء بكذا ، أو اشتريت منك هذا الشيء بكذا .

٥ً ـ أن يقصد كلا العاقدين معنى اللفظ الذي ينطق به : فإذا جرى على لسانه

لفظ الايجاب أو القبول ، أو كان هـازلاً ، دون أن يقصـد التمليـك والتملـك ، لا يصح البيع .

٦ً ـ أن يصر البـادي على مـا أتى بـه من الإيجـاب إلى القبـول ، وأن تستمر أهليـة العاقدين إلى تمام القبول : فلو قـال : بعتـك ، ثم جن أو أغمي عليـه قبل قبول الآخر ، بطل العقد . ولو أوجب بمؤجل أو شرط الخيـار ، ثم أسقـط الأجل أو الخيـار ، لم يصح العقد ، لضعف الايجاب وحده ، في الحالتين .

٧ً ـ ألا يطول الفصل بين لفظي الإيجاب والقبول ، ولو بكتابة أو إشارة أخرس بسكوت طويل . والفاصل الطويل : هو ما أشعر بإعراضـه عن القبول . أمـا الفصل اليسير بالسكوت فلا يضر ، لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول .

٨ً ـ ألا يتخلل بين الإيجـاب والقبول كلام أجنبي عن العقـد ، ولو يسيراً ، فيضر الفصـل اليسير بـالكـلام الأجنبي ؛ وإن لم يتفرقـا عن المجلس ؛ لأن فيـه إعراضـاً عن القبول ، بخلاف السكوت اليسير ، وبخلاف يسير الكلام الأجنبي في الخلـع ؛ لأن فيـه من جانب الزوج شائبة التعليق ، ومن جـانب الزوجـة شـائبـة جعـالـة ، وكل منهما موسع فيه محتمل للجهالة ، بخلاف البيع .

٩ً ـ ألا يغير الموجب كلامه قبل قبول الآخر : فإذا قال : بعتك بخمسة ، ثم قـال : بعشرة ، قبل أن يقبل الآخر ، لم يصح العقد .

١٠ً ـ سماع الصيغة : بأن يسمع كل عاقد ومن بقربه من الحـاضرين كلام الآخر ، فإن لم يسمعه من كان قريباً لم ينعقد العقد .

١١ً ـ أن يتوافق الإيجاب والقبول تماماً : فلو اختلفا ، لم يصح العقد .

١٢ً ـ ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقـد : مثل إن جـاء فلان فقـد بعتـك كذا ، أو بعتك هذه الـدار إن شـاء فلان أو إن شـاء الله ؛ لأن البيع يقتضي التنجيز .

أما إن علق بما يقتضيه العقد ، كقوله : بعتك هذا بكذا إن شئت ، فقال : اشتريت ، صح العقد ؛ لأن هذا التعليق لا ينافي العقد ، وهو تصريح بمقتضى العقد .

١٣ً ـ ألا يكون العقد مؤقتاً : فلو قال : بعتك الدار بألف شهراً مثلاً ، لم يصح ؛ لأن البيع يقتضي التأبيد .

وأما شروط المعقود عليه فهي خمسة :

١ً ـ أن يكون المعقود عليه طاهراً : فلا يصح بيع الكلب والخمر ، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل واللبن والدبس وكذا الدهن في الأصح .

٢ً ـ أن يكون منتفعاً به شرعاً : فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها ، ولا يصح بيع كل سبع أو طير لا ينفع كالأسد والذئب والحدأة والغراب غير المأكول . ولا يصح بيع آلة اللهو كالطنبور والصنج والمزمار والعود والأصنام والصور وإن اتخذت من نقد ، للحرمة ، ولأنه لا نفع بها شرعاً . ولا يصح بيع حبتي حنطة ونحوها ، لعدم المالية . ويمكن أن يشمل هذين الشرطين كون المعقود عليه غير منهي عنه شرعاً . ويصح بيع الماء المحرز على الشط ، والحجر عند الجبل والتراب بالصحراء ممن حازها ، في الأصح ، لظهور المنفعة فيها .

٣ً ـ أن يكون مقدور التسليم : فلا يصح بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء ، ولا بيع الضالّ والآبق والمغصوب ، لكن إن باعه لقادر على انتزاعه من الغاصب ، أو باع الآبق لقادر على رده ، صح على الصحيح ، نظراً إلى وصوله إليهما ، إلا إن احتاج إلى مؤنة ، فالظاهر البطلان .

٤ً ـ أن يكون مملوكاً للعاقد أو له عليه ولاية : فبيع الفضولي (وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية له) باطل ، لقوله ﷺ : « لا بيع إلا فيما تملك »[1] .

---

(١) رواه أبو داود والترمذي ، وقال : إنه حسن .

٥ً ـ أن يكون معلوماً للعاقدين عيناً وقدراً وصفة : فبيع أحد الثوبين ونحوهما باطل للغرر أو الجهالة . ويصح بيع صاع من صُبْرة (وهي الكومة من الطعام) لتساوي أجزائها ، وتغتفر جهالة المبيع هنا ، فإنه ينزل على صاع مبهم ، لتعذر الإشاعة . أما بيع شيء من أشياء متفاوتة الأجزاء كبيع شاة من هذه الشياه ، فلا يصح ، لتفاوت الأجزاء .

شروط البيع في مذهب الحنابلة :

اشترط الحنابلة أحد عشر شرطاً في البيع : إما في العاقد ، وإما في الصيغة ، وإما في المعقود عليه[1] .

أما شروط العاقد ؛ فهي اثنان :

١ً ـ الرشد إلا في يسير: فلا يصح بيع الصبي والمجنون والسكران والسفيه ، لكن إذا أذن الولي لمميز وسفيه لمصلحة ، صح العقد ، ويحرم الإذن لهما بلا مصلحة ، لما فيه من الإضاعة .

ولا يصح من المميز والسفيه قبول هبة ووصية وبيع ونحوها بلا إذن ولي لهما .

ويصح تصرف صغير ولو دون سن التمييز في الأمر اليسير، لما روي « أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأرسله »[2] . ويصح تصرف سفيه في شيء يسير كباقة بقل وكبريت ونحوها ؛ لأن الحكمة في الحجر خوف ضياع المال ، وهو مفقود في اليسير.

ويصح توكيل مميز في إرسال هدية ودخول دار ، عملاً بالعرف .

٢ً ـ التراضي من المتبايعين والاختيار أو عدم الإكراه إلا بحق : وهو أن يأتي

---

(١) غاية المنتهى : ٢ / ٥ ـ ١٤ ، كشاف القناع : ٣ / ١٣٩ ـ ١٦٦ .

(٢) ذكره ابن أبي موسى .

العاقد بالبيع اختياراً، لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ ولحديث «إنما البيع عن تراض»[1]. فبيع التلجئة أو الأمانة: بأن يظهر العاقدان بيعاً لم يريداه باطناً، بل أظهراه خوفاً من ظالم ونحوه: باطل. وكذا بيع الهازل باطل؛ لأنه لم ترد حقيقته.

ويصح البيع في حالة الإكراه بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، أو على شراء ما يوفي ما عليه من دين؛ لأنه قول حمل عليه بحق، فصح. فأمثلة المكره بحق: راهن ومحتكر ومدين وممتنع.

ويكره الشراء من المضطر: وهو الذي يبيع ماله بأقل من ثمن مثله.

وأما شروط الصيغة فهي ثلاثة:

١ً- اتحاد المجلس: بأن يكون القبول في مجلس الإيجاب، فإذا قال البائع: بعتك، ثم تفرقا قبل القبول من المجلس، لم ينعقد البيع.

٢ً- ألا يكون بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً.

٣ً- ألا يكون العقد مؤقتاً ولا معلقاً بغير مشيئة الله: مثل بعتك سنة أو بعت أو اشتريت إن رضي فلان.

وأما شروط المعقود عليه مبيعاً أو ثمناً فهي ستة شروط وهي:

١ً- أن يكون مالاً: وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً مطلقاً في غير حاجة ولا ضرورة؛ لأن البيع مبادلة مال بمال، فلا يصح بيع ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات، وما فيه منفعة محرَّمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة حال الاضطرار أو المخمصة، والخمر لدفع لقمة غص بها.

---

(١) رواه ابن حبان.

ويصح بيع جلد ميتة دبغ واقتناؤه بلا حاجة، ويجوز بيع بغل وحمار ودود قز ونحل منفرداً بشرط كونه مقدوراً عليه، أو مع كوَّارته إذا شوهد داخلاً فيها؛ لأن فيه منافع للناس، ويصح بيع ما يصاد عليه من الطيور، وديدان لصيد سمك، وسباع بهائم وجوارح طير للاصطياد، لا لغيره، ويصح بيع علق لمص دم.

ويصح بيع طير لقصد صوته كبلبل وهزار؛ لأن فيه نفعاً مباحاً، وكذا يصح بيع ببغاء وهي الدرة ونحوها كقمري.

ويجوز إهداء الكلب المباح والإثابة عليه، لا على وجه البيع.

ولا يجوز بيع سموم قاتلة كسم الأفاعي، لخلوها من نفع مباح، وكذا لا يجوز بيع سم الحشائش والنبات، إلا ما ينتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا ونحوها.

ويحرم بيع المصحف لمسلم أو لكافر، لأن تعظيمه واجب، وفي بيعه ابتذال له وترك لتعظيمه، ولأن الكافر يمنع من استدامة ملك المصحف، فيمنع من ابتدائه.

ولا يصح بيع آلة لهو كمزمار وطنبور ونرد وشطرنج، ولا بيع حشرات كخنافس وفأر وحيات وعقارب وصراصر ونحوها، ولا بيع ميتة ولو لمضطر ولا بيع دم وخنزير وصنم.

ولا يصح بيع سرجين نجس (زبل)، ولا بيع أدهان نجسة العين من شحوم الميتة وغيرها، لحديث البخاري ومسلم: «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه» ولا يحل الانتفاع بالأدهان النجسة باستصباح ولا غيره، فقد حرمه النبي ﷺ في حديث جابر المتفق عليه. ولا يصح بيع أدهان متنجسة كزيت لاقى نجاسة، ولو لكافر للحديث السابق: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه» ويجوز الاستصباح في الأدهان المتنجسة في غير مسجد؛ لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر.

ولا يصح بيع الحر، لحديث البخاري ومسلم: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومنهم: ورجل باع حراً وأكل ثمنه». ولا يصح بيع ما ليس بمملوك من المباحات من نحو كلأ وماء ومعدن قبل حيازتها وتملكها، لفقد الشرط الآتي.

٢ - أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً، لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[1]، فلا يصح تصرف فضولي مطلقاً ولو أجيز بعد.

ولا يصح بيع مالا يملكه الإنسان كحر ومباح قبل حيازته، ولا بيع أرض موقوفة مما فتح عنوة ولم تقسم كمصر والشام، ويصح بيع إمام لها لمصلحة كوقفه وإقطاعه تمليكاً، أو غير إمام وحكم به من يرى صحته. ولا يصح بيع ولا إجارة رباع مكة والحرم: وهي المنازل، وكذا بقاع المناسك كالمسعى والمرمى والموقف ونحوها، لأنها كالمساجد لعموم نفعها، ولأن مكة فتحت عنوة. ولا يصح بيع ما ليس مملوكاً ملكاً تاماً كالمبيع وقت الخيار.

٣ - أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد: لأن مالا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه.

فلا يصح بيع نصف معين من نحو إناء وسيف وحيوان، ودين لغير مدين، ولا آبق وشارد ولو لقادر على تحصيلهما. لحديث «نهى رسول الله ﷺ عن شراء العبد وهو آبق»[2] ولا يصح بيع سمك بماء إلا مرئياً بمحجوز يسهل أخذه منه، ولا يصح بيع طائر يصعب أخذه، أو في الهواء وألف الرجوع إلا في مكان مغلق؛ لأنه غير مقدور على تسليمه.

ولا يصح بيع مغصوب إلا لغاصبه أو قادر على أخذه، وله الفسخ إن عجز.

---

(١) رواه ابن ماجه والترمذي وصححه.

(٢) رواه أحمد عن أبي سعيد.

٤ً ـ أن يكون المبيع معلوماً للبائع والمشتري برؤية تحصل بها معرفته، عند العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه المبيع يقيناً أو ظاهراً.

ويصح بيع الأعمى وشراؤه بما يمكنه معرفة ما يبيعه أو يشتريه بغير حاسة البصر كشم ولمس وذوق، لحصول العلم بحقيقة المبيع. ويصح بيع قفيز من صبرة (كومة طعام وغيره).

ولا يصح بيع الأنموذج: وهو ما يدل على صفة الشيء، كأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه، لعدم رؤية المبيع وقت العقد.

ولا يصح بيع حَمْل ببطن وهو بيع المضامين، ولا بيع لبن بضرع، ونوى بتمر، وصوف على ظهر إلا تبعاً، كبعتك هذه البهيمة وحملها، أو بعتك الأرض وما فيها من بذر.

ولا يصح بيع عَسْب فحل، أو نتاج نتاج، أو ما تحمل هذه الشجرة أو الدابة، ولا مسك في فأرته (صوانه)، ولفت وبصل ونحوه قبل قلعه، ولا ثوب مطوي، أو نسج بعضه على أن ينسج بقيته.

ولا يصح بيع الملامسة، مثل بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته أو إن لمسته أو أي ثوب لمسته، فعليك بكذا.

ولا يصح بيع المنابذة، مثل متى أو إن نبذت هذا أو أي ثوب نبذته فلك بكذا.

ولا يصح بيع الحصاة مثل: ارمها فعلى أي ثوب تقع، فلك بكذا.

ولا يصح بيع مالم يعين أي بيع المجهول، كشاة من قطيع، وشجرة من بستان، ولو تساوت قيمتها.

٥ً ـ أن يكون الثمن معروفاً للعاقدين حال العقد أو قبله: فلا يصح بيع برقم، ولا بما باع زيد إلا إن علم به العاقدان، ولا بما ينقطع به السعر، ولا كما يبيع الناس.

٦ً ـ خلو الثمن والمثمن والمتعاقدين عن موانع الصحة كالربا ، أو الاشتراط أو غيرهما : فلا يصح بيع أضحية وهدي واجبين إلا بخير منهما ، ولا يصح بيع موقوف بلا مسوغ ، ولا بيع مرهون بلا إذن مرتهن ، ولا يصح بيع ماء وسترة لمصل عادم غيرهما ، ولا بيع مصحف ، ولا بعد نداء جمعة .

أوجه الاتفاق والاختلاف في شروط البيع :

يظهر مما تقدم بيانه ما يلي :

١ً ـ في العاقد : التمييز شرط متفق عليه ، وأما البلوغ فهو شرط مختلف فيه ، فهو شرط نفاذ عند المالكية والحنفية ، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة .

وأما الاختيار أو الطواعية فهو شرط انعقاد عند الجمهور ، وشرط نفاذ عند الحنفية ، فبيع المكره باطل عند الجمهور ، موقوف غير نافذ عند الحنفية ، غير لازم في المعتمد عند المالكية .

٢ً ـ في الصيغة : اتحاد المجلس دون فاصل بين القبول والإيجاب ، وتطابق الايجاب والقبول ، وسماع الصيغة والتنجيز أو عدم التعليق ، وعدم التأقيت ، كلها شروط متفق عليها ، وإن ذكر بعضها بعض الفقهاء دون غيرهم .

٣ً ـ في المعقود عليه : كون المعقود عليه مالاً متقوماً يباح الانتفاع به شرعاً أو طاهراً غير نجس ، موجوداً ، مقدور التسليم ، معلوماً غير مجهول ، كلها شروط متفق عليها ؛ إلا أن الجهالة تفسد البيع عند الحنفية ، وتبطله عند الجمهور . أما كون المبيع مملوكاً للبائع فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية ، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة ، فبيع الفضولي وشراؤه موقوف عند الأولين ، باطل عند الآخرين .

وأما ألا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع كبيع المرهون والمأجور ، فهو شرط نفاذ عند الحنفية . وشرط انعقاد عند الحنابلة والشافعية والمالكية ، فبيع المرهون والمأجور موقوف على الرأي الأول ، باطل على الرأي الثاني .

المبحث الثالث ـ حكم البيع والكلام عن المبيع والثمن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول ـ حكم العقد :

حكم العقد : هو الغرض والغاية منه ، ففي عقد البيع : يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة : الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملك المؤجر للأجرة[1] .

وللحكم اطلاقات ثلاث :

١ ـ إما أن يراد به الحكم التكليفي : وهو إما الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التحريم أو الكراهية ، فيقال : حكم الصوم الوجوب ، وحكم السرقة التحريم وهكذا .

٢ ـ أو يراد به الوصف الشرعي للفعل من حيث الصحة واللزوم وعدم اللزوم مثلاً ، فيقال : حكم العقد المستوفي لأركانه وشرائطه أنه صحيح لازم .

٣ ـ أو يراد به الأثر المترتب على التصرف الشرعي ، وذلك كالوصية إذا استوفت شرائطها وأركانها ، ترتبت عليها آثار تتعلق بالموصى له ، وآثار تتعلق بالموصى به[2] .

ومقصودنا هنا المعنى الثالث ، أي الحكم الشرعي الثابت للبيع ، وأثره المترتب عليه . فأثر البيع : هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري ، وثبوت الملك في الثمن للبائع ، إذا كان البيع لازماً لا خيار فيه[3] .

والمقصود بحقوق العقد : هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه : مثل

---

(١) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى : ص ٣٧٢ .

(٢) التلويح شرح التوضيح للتفتازاني : ٢ ص ١٢٢ ، الأحوال الشخصية للأستاذ السباعي : ٢ ص ١١٤ .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٣٣ .

تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بـالعيب ، أو خيـار الرؤيـة أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً[1] .

حقوق البيع التابعة للحكم : هي كل تـابع للمبيع من الحقوق التي لابـد لـه منـه ولا يقصـد إلا لأجلـه كالطريق والشرب لـلأرض ، وهي التي تسمى بـالمرافـق ، والقاعدة فيها أو الأصل : أن كل ما كان من الدار متصلاً بها يدخل في بيعهـا تبعـاً بلا ذكر ، ومالا فلا يدخل بلا ذكر إلا ما جرى العرف أن البـائع لا يمنعـه عن المشتري ، فيدخل المفتـاح استحسـانـاً للعرف بعـدم منعـه بخلاف القفل ومفتـاحـه والسلَّم غير المتصل بالبناء ، وأما الدرج (السلم) في بنـايـات الطبقـات فتـدخل عرفـاً ، وتفصيل ذلك ما يأتي[2] :

ا ـ من اشترى بيتاً فوقه آخر لا يدخل فيه العلو ؛ لأن الشيء لا يستتبع مثله .

ب ـ يدخل في المبيع ما هو من حقوقه أو مرافقه الخـاصـة التـابعـة لـه كطريق ومطبخ ومتوضأ ونحوها ، لأنها توابع له . فيدخل في بيع الدار الطريق الـداخلي فيهـا أو النافذ إلى سكة أو طريق عام ، والكنيف (وهو المستراح أو بيت المـاء) وبئر المـاء ، والأشجار التي في صحنها ، والحديقة التابعة لها والبستان الذي هو أصغر منها ، وإن لم يصرح بذلك . أما الحديقة أو البستان الخارج عن الدار وكان مثل الـدار أو أكبر ، فلا يدخل في البيع . ويدخل الباب الأصلي للـدار ، والبـاب الخـارجي المجاور للشـارع وهو المسمى بالباب الأعظم ؛ لأنه من مرافقها .

ولا تدخل الظلة في بيع الدار لبنائها على الطريق ، فتـأخـذ حكمـه ولا يـدخل الطريق والمسيل والشرب غير الخاص بالدار إلا بالتصريح بها ؛ لأنها خارج الحـدود ، كأن يشتريها بكل حق هو لها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير . وذلك بخلاف الإجـارة

---

(١) الأموال ونظرية العقد ، المرجع السابق .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٤ ـ ١٩٩ .

والرهن والوقف، تدخل فيها كل هذه المرافق بلا حاجة لذكرها لأنها تعقد للانتفاع بها لا غير. هذا رأي الحنفية القديم، والمعول عليه في ذلك هو العرف السائد في كل إقليم وعصر.

والإقرار بالدار والصلح عليها والوصية بها والهبة والنكاح والخلع على مال كالبيع في دخول الطريق ونحوه.

المطلب الثاني ـ الثمن والمبيع:

الكلام عن الثمن والمبيع في موضعين:

أولاً ـ في تعريف المبيع والثمن.

ثانياً ـ في الأحكام المتعلقة بها.

تعريف المبيع والثمن:

المبيع والثمن عند جمهور الحنفية من الأسماء المتباينة الواقعة على معانٍ مختلفة. فالمبيع في الغالب: ما يتعين بالتعيين[1]، والثمن في الغالب: ما لا يتعين بالتعيين.

وهذا الأصل العام الغالب يحتمل تغيره في الحالتين بعارض من العوارض، فيصير ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه، وما يحتمل التعيين ثمناً كرأس مال السلم، إذا كان عيناً من الأعيان. وعلى هذا فاعتبار الثمن ديناً في الذمة هو الأغلب، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين بالذات كالقمح والزيت ونحوهما من كل مكيل أو موزون أو ذَرْعي أو عددي متقارب.

ويمكن أيضاً أن يكون الثمن أعياناً قيمية كالحيوان والثياب ونحوهما، كما لو

(١) قال القرافي: أجمع الناس على أن العروض (أي السلع التجارية) تتعين بالتعيين، وكذلك الحيوان والطعام لأن لهذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة، وتميل إليه العقول السليمة والنفوس الخاصة، لما في تلك المعينات من الأهداف الخاصة بكل إنسان (الفروق: ٤ ص ٧).

بيعت كمية من السكر إلى أجل بشيء من القيميات ، فالسكر مبيع والعين القيمية ثمن ، ويكون البيع سلما ، لأنه بيع مؤجل بمعجل .

قال ابن الهمام وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة ، على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن ، بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة ، فإذا قلنا : إذا باع كتاباً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعاً بالنسبة للكتاب ، حتى لا يشترط قبضه في المجلس ، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب ، حتى شرط فيه الأجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه[١] .

وقال الشافعي وزفر : المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء .

ولكل من الفريقين دليله[٢] والقضية اصطلاحية .

تعيين المبيع :

التعيين : هو التمييز عما سوى الشيء في الوجود الخارجي ،ويتعين المبيع إذا كان معيناً في العقد ، سواء أكان حاضراً في مجلس البيع ، أم غائباً عنه . فإذا كان المبيع غير معين في العقد ، فإنه لا يتعين إلا بالتسليم[٣] .

الفرق بين الثمن والقيمة والدين :

الثمن : لا يتحقق إلا في عقد ، فهو ما يتراضى عليه المتبايعان ، سواء أكان أكثر من القيمة أم أقل أم مساوياً .

---

(١) رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٣٣ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٤

وقيمة الشيء : هي ما يساويه بين الناس .

والثمن : هو ما تراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع .

أما الدين : فهو كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام ، كالإتلاف والغصب والكفالة والقرض والبيع ، ونحوها[1] .

التمييز بين الثمن والمبيع :

القاعدة المقررة في الأصل : أن كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً ولا عكس ، وأن الثمن كما بينا في تعريفه ربما لا يكون متعلقاً بالذمة ، بل قد يتعين أحياناً ، فيكون من الأعيان القيمية كالحيوان والثياب ونحوها ، كما يتعين المبيع .

لهذا كان واجباً أن نميز بين الثمن والمبيع لما يترتب على التفرقة من أحكام ، والتمييز يكون في أموال المعاوضات : وهي النقود والأعيان القيمية والمثليات[2] .

١ ـ فالنقود عامة من ذهب أو فضة أو فلوس رائجة[3] إذا كانت عوضاً في المبيع ، تعتبر هي الثمن . ومقابلها أي السلعة هو المبيع مطلقاً سواء دخل عليها حرف الباء ، أو دخل على مقابلها ، مثل : بعتك هذا بدينار ، أو بعتك ديناراً بهذا .

وقد قرر جمهور الحنفية أن النقود المسكوكة من ذهب أو فضة أو فلوس معدنية لا تتعين في عقود المعاوضات بالتعيين في حق الاستحقاق لذات العملة النقدية ، فلو قال : بعتك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير ، فللمشتري أن يمسك المشار إليه ويبدله بمثله ، ولا يحق للبائع أن يطلب ذات المشار إليه ؛ لأن الثمن النقدي محله في

---

(١) عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٥٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٥٣ ، ١٧٣ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٣٣ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص٢٣ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثمنيتها ، ويلحق بها الأوراق النقدية المتعامل بها في العصر الحاضر .

الذمة ، وما يثبت في الذمة لا ينحصر ببعض أفراده الخارجية ، فلا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ؛ لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض ، وإنما يتعين فقط بالنسبة لضمان الجنس والنوع والصفة والقدر ، حتى إنه يجب على المشتري رد مثل المشار إليه في الأوصاف المذكورة ، فلو كان الواجب عليه ألف درهم جيدة ، فيجب عليه رد ألف درهم بتلك الصفة ؛ لأن في تعيين الجنس والقدر والصفة فائدة ، وعلى هذا فلو هلك المشار إليه لا يبطل العقد .

وقال الشافعي[1] وزفر : تتعين النقود بالتعيين ، ويستحق البائع على المشتري ذات الدراهم المشار إليها ، كما في سائر الأعيان ، لأنه قد يكون للشخص غرض فيها ، والثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين .

فلو هلك المشار إليه قبل القبض يبطل العقد ، كما لو هلك سائر الأعيان .

فإن لم يكن الثمن من المسكوكات ، فإنه بالاتفاق كسائر السلع يقبل التعيين .

٢ ـ إن الأعيان القيمية أي « التي ليست من ذوات الأمثال » إذا قوبلت بالمثليات المعينة تعتبر هي المبيع ، والمثلي هو الثمن مطلقاً ، دون نظر إلى اقتران حرف الباء ، لأن المثلي أليق بالثمنية من حيث قابليته للثبوت في الذمم كالنقود .

من أمثلة القيميات : الثياب والدور والعقارات والعدديات المتفاوتة « أي التي تفاوتت آحادها » كالغنم وسائر الدواب والبطيخ إذا بيع بالعدد لا بالوزن .

وأما إذا قوبلت الأعيان القيمية بالأموال غير المعينة أي « الملتزمة في الذمم » فالعبرة في الثمنية لمقارنة حرف الباء ، فما دخل عليه حرف الباء كان ثمناً ، والآخر مبيعاً . فلو قال : بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر ، فالسكر : هو الثمن . ولو قال بعتك قنطاراً من السكر بهذا المتاع ، كان السكر مبيعاً ، والمتاع ثمناً ، ويكون العقد بيع سلم .

---

٣ ـ المثليات إذا كان في مقابلتها النقود فهي مبيعة ، كما ذكرنا أولاً ، وإن كان في مقابلتها أمثالها مثل بيع قمح بزيت ، فما كان منها معيناً يكون مبيعاً ، وكل ما كان منها موصوفاً في الذمة يكون ثمناً .

وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً ، والآخر يكون مبيعاً .

ـ والمثليات : إما مكيلات وهي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبترول والبنزين .

ـ أو موزونات : وهي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر.

ـ أو ذَرْعيات : وهي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية ، وكالأراضي .

ـ أو عدديات متقاربة : وهي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلّور ونحوها[1] .

٤ ـ إذا بيعت القيميات ببعضها يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه ، وثمناً من وجه آخر.

أحكام المبيع والثمن أو نتائج التمييز بينهما

يترتب على التمييز بين المبيع والثمن نتائج نوجز ذكر ست منها ، ونفصل الكلام في ثلاثة أخرى .

١ ـ يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً ولا يشترط ذلك في الثمن .

---

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص٥٠ ، رد المحتار : ١٧٣/٤ ، مغني المحتاج : ٢٨١/٢ .

٢ ـ يشترط لنفاذ البيع أن يكون المبيع موجوداً في ملك البائع ولا يشترط ذلك في الثمن .

٣ ـ لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ، ويجب تأجيل المبيع .

٤ ـ مؤونة تسليم الثمن أي « كلفته » على المشتري ، ومؤونة تسليم المبيع على البائع .

٥ ـ البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد ، أما مع عدم تسمية المبيع نحو : بعتك بعشرة دنانير ، فباطل غير منعقد .

٦ ـ هلاك المبيع بعد التقايض يمنع إقالة البيع ، ولا يمنع ذلك هلاك الثمن .

٧ ـ هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع ، ولا يبطله هلاك الثمن .

٨ ـ لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه ، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه .

٩ ـ على المشتري تسليم الثمن أولاً ليحق له استلام المبيع ، مالم يرض البائع[١] ونفصل الكلام في الثلاثة الأخيرة .

حكم هلاك المبيع ، وهلاك الثمن وكساده

هلاك المبيع :

المبيع إما أن يهلك كله أو بعضه قبل القبض أو بعده[٢] .

---

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص٦١ .

(٢) انظر التفصيل في البدائع : ٢٣٨/٥ ومابعدها ، المبسوط : ٩/١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤٤/٤ ، عقد البيع ، المرجع السابق : ص٩٢ .

آ ـ إذا هلك المبيع كله قبل القبض :

١ ـ فإذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه ، أو بفعل البائع ، فينفسخ عقد البيع .

٢ ـ إذا هلك بفعل المشتري ، فلا ينفسخ البيع وعليه الثمن .

٣ ـ إذا هلك بفعل أجنبي ، لا ينفسخ البيع ، ويكون المشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن ، وطالب الأجنبي بالضمان .

ب ـ إذا هلك المبيع كله بعد القبض :

١ ـ إن كان بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فلا ينفسخ البيع ، ويكون هلاكه على ضمان المشتري ؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري ، فتقرر الثمن عليه ، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه .

٢ ـ إذا هلك بفعل البائع فينظر في حالتين :

أولاً ـ إذا كان المشتري قد قبضه بإذن البائع أو بدون إذنه ، لكنه قد نقد الثمن ، أو كان الثمن مؤجلاً ، فيكون هلاكه من قبل البائع ، كهلاكه من قبل الأجنبي ، فعليه ضمانه .

ثانياً ـ أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع ، والثمن حالّ غير منقود « أي غير معطى إلى البائع » فيتوجب فسخ البيع ، ويكون البائع باعتدائه مسترداً للمبيع ، وعليه ضمانه .

وقال المالكية[1] : الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع إلا في خمسة مواضع :

---

(١) القوانين الفقهية : ص٢٤٧ .

الأول ـ بيع الغائب على الصفة .

الثاني ـ ما بيع على الخيار .

الثالث ـ ما بيع من الثمار قبل كمال طيبها .

الرابع ـ ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدّ .

الخامس ـ البيع الفاسد ، فالضمان في هذه الخمسة من البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الشافعية[1] : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الحنابلة[2] : إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً فتلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع ، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

ج ـ إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر عند الحنفية :

١ ـ فإن كان بآفة سماوية ففيه تفصيل : إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، فهلك بعضه : ينفسخ العقد بقدر الهالك ، وتسقط حصته من الثمن ، ثم يكون المشتري بالخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه : إن شاء أخذه بحصته ، وإن شاء فسخ البيع .

وإن كان النقصان نقصان وصف « وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون » فلا ينفسخ البيع أصلاً ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن ؛ ويكون المشتري بالخيار : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه لتعيب المبيع .

---

(١) مغني المحتاج : ٦٥/٢ .

(٢) المغني : ١١٠/٤ .

٢ ـ وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه ، فلا ينفسخ البيع ، ولا يسقط شيء من الثمن ، والمشتري بالخيار : إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ العقد .

٣ ـ وإن كان الهلاك بفعل البائع فيبطل البيع بقدره ، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن ، سواء أكان النقصان نقصان قدر ، أم نقصان وصف ؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها ، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن .

٤ ـ وإن كان الهلاك بفعل المشتري فلا يبطل البيع ، ولا يسقط عنه شيء من الثمن ، لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلاف بعضه .

د ـ إذا هلك بعض المبيع بعد القبض :

١ ـ فإن كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو المبيع نفسه أو بفعل أجنبي ، فالهلاك على المشتري .

٢ ـ وإن كان بفعل البائع ينظر :

إذا كان القبض بإذنه ، أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً ، فحكمه كالأجنبي . وإن كان القبض بغير إذنه ، والثمن حال غير منقود ، ينفسخ البيع في قدر الشيء التالف ، ويسقط عن المشتري حصته .

هلاك الثمن عند الحنفية :

إذا هلك الثمن في مجلس العقد قبل القبض :

١ ـ فإن كان عيناً مثلياً : لا ينفسخ العقد ، لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين ، وللناس أغراض في الأعيان .

٢ ـ وأما إذا هلك وليس له مثل في الحال : بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وقد كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض ، فقال أبو حنيفة : ينفسخ العقد . وقال الصاحبان : لا ينفسخ[1] . وسيأتي في بحث كساد الثمن الآتي بيان الأدلة .

كساد الثمن عند الحنفية : إذا اشترى شخص بفلوس رائجة ، ثم كسدت قبل القبض بضرب فلوس جديدة ، انفسخ العقد عند أبي حنيفة ، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمته أو مثله إن كان هالكاً ؛ لأن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً ، ولا بيع بلا ثمن ، فينفسخ البيع ضرورة ، فهو قد اعتبر الكساد كالهلاك .

وقال الصاحبان : لا ينفسخ البيع ، ولكن يخير البائع : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس ؛ لأن الفلوس ثابتة في الذمة ، وما يثبت في الذمة لا يحتمل الهلاك ، فلا يكون الكساد هلاكاً ، بل يكون عيباً فيها ، فيوجب الخيار للبائع ، كما إذا كان الثمن رطباً ، فانقطع قبل القبض ، فهما اعتبرا الكساد كالعيب .

واتفقوا على أنه لو لم تكسد الفلوس ، ولكنها رخصت قيمتها ، أو غلت ، لا ينفسخ البيع ؛ لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار قيمة الفلوس : فقال أبو يوسف : تعتبر قيمتها وقت العقد ؛ لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته حينئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمتها وقت الكساد ، وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها ؛ لأنه وقت العجز عن التسليم[2] .

---

(١) تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٥٤/٢ .

(٢) انظر البدائع : ٢٤٢/٥ ، حاشية ابن عابدين : ٢٥/٤ .

التصرف في المبيع وفي الثمن قبل القبض

التصرف في المبيع :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بلا خلاف ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع مالم يقبض[1] والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، فيبطل البيع الأول ، وينفسخ الثاني ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع فيه غرر.

وأما العقار : فيجوز التصرف فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً استدلالاً بعمومات آيات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد . ولا غرر في العقار ، إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ويندر هلاكه في الغالب ، فلا يكون في بيعه غرر.

وقال محمد وزفر والشافعي : لا يجوز بيع العقار قبل القبض لعموم النهي عن البيع قبل القبض ، ولعدم وجود القدرة على التسليم ، ولتحقق الغرر[2] . وسيأتي تفصيل آراء الفقهاء في هذا الموضوع في البيع الفاسد .

التصرف في الثمن قبل القبض :

يجوز التصرف في الأثمان[3] قبل القبض ، لأنها ديون ، وكذلك يجوز التصرف في

---

(١) فيه أحاديث منها ماهو متفق عليه عند الشيخين والترمذي من حديث ابن عباس من النهي عن بيع مالم يقبض ، ومنها ماأخرجه النسائي عن حكيم بن حزام ، قال : « قلت يارسول الله ، إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها ومايحرم ؟ قال : لاتبيعن شيئاً حتى تقبضه » رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، ولفظه : « إذا ابتعت بيعاً ، فلا تبعه حتى تقبضه » (انظر نصب الراية : ٣٢/٤ ، جامع الأصول : ٣٨٠/١ ، تخريج أحاديث الإحياء : ٦١/٢) .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٦٤ ، البدائع : ٥ ص ١٨٠ وما بعدها ، ص ٢٣٤ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) الثمن : ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة وهو النقدان ، والمثليات : كالمكيل والموزون إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء (رد المحتار : ٤ ص ١٧٣) .

سائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها قبل القبض ، بدليل ما روي عن سيدنا عمر أنه قال : « يا رسول الله : إنا نبيع الإبل بالبقيع ، ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ، ومكان الدنانير الدراهم ، فقال عليه السلام : لا بأس إذا كان بسعر يومهما ، وافترقتما وليس بينكما شيء »[1] فهذا يدل على جواز استبدال ثمن المبيع . وأما المراد من حيث « النهي عما لا يقبض » فهو بالنسبة للعين ، لا بالنسبة للدين ؛ لأن المبيع شيء يحتمل القبض ، والدين لا يحتمل القبض حقيقة ، لأنه مال حكمي في الذمة ، فيكون قبضه بقبض بدله .

وقد استثنوا من جواز التصرف في الثمن قبل القبض عقدي الصرف والسلم . أما الصرف : فلأن كلاً من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه ، فباعتبار كونه مبيعاً لا يجوز التصرف فيه ، وقد رجحنا جانب الحرمة احتياطاً .

وأما السلم : فالمسلم فيه لا يجوز التصرف فيه لأنه مبيع ، ورأس المال « أي الثمن » ألحق بالمبيع العين في حرمة الاستبدال شرعاً[2] .

هذا .. ويلاحظ أن التصرف في الأثمان والديون جائز بالبيع والهبة والإجارة والوصية أي بعوض أو بغير عوض ، سواء مما لا يتعين كالنقود ، أو مما يتعين كالمكيل والموزون ، وذلك ممن عليه الدين كأن يشتري البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه ، أو يستأجر بالثمن داراً للمشتري ، أو أن يهبه الثمن .

ولا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين كأن يشتري إنسان فرس زيد مثلا بمئة ليرة على عمرو، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا في ثلاث صور[3] .

---

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، نصب الراية : ٤ ص ٣٣) .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٦٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧١ .

الأولى ـ إذا سلطه على قبضه ، فيكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه .

الثانية ـ الحوالة .

الثالثة ـ الوصية .

تسليم[1] المبيع والثمن :

إن تسليم المبيع إلى المشتري هو من التزامات البائع الناشئة من عقد البيع ، كما أن تسليم الثمن إلى البائع هو من التزامات المشتري الناشئة من البيع أيضاً ؛ لأن تسليم البدلين واجب على العاقدين ، لتحقق الملك لكل منهما في البدلين .

فمن الذي يجب عليه التسليم أولاً ، وهل للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي جميع الثمن ، وكيف يتم التسليم أو القبض ؟

أما من يجب عليه التسليم أولاً : فيختلف بحسب نوع البدلين :

فإذا كان بيع عين بعين ، فإنه يجب على العاقدين التسليم معاً ، تحقيقاً للمساواة في المعاوضة المقتضية للمساواة عادة المطلوبة بين العاقدين ، إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر .

وكذلك إن تبايعا ديناً بدين ، كما في عقد الصرف ، لما ذكرنا .

وأما إن كان بيع عين بدين[2] فيراعى فيه الترتيب عند الحنفية : فيجب على المشتري تسليم الثمن « أي الدين » أولاً إذا طالبه البائع حتى يتعين ، ولقوله عليه

---

(١) التسليم : هو التخلية أي أن يخلي البائع بين المشتري والمبيع بحيث يستطيع المشتري أخذه والتصرف فيه .

(٢) الدين : ما يصح أن يثبت في الذمة ، سواء أكان نقداً أو غيره . والعين : ما لا يصح أن يثبت ديناً في الذمة (رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦) .

السلام : « الدين مقضي »[1] فلو تـأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هـذا الـدين مقضياً . ثم يجب على البائع تسليم المبيع ، إذا طـالبـه المشتري ، حتى يتحقق التسـاوي بينهما . واستثنوا من ذلك أمرين أولهما ـ المسلم فيه ، لأنـه دين مؤجل ، والثـاني ـ الثمن المؤجل فلو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لأن البائع أسقـط حق نفسـه في التأجيل[2] .

وقـال المـالكيـة[3] كالحنفيـة : يجب على المشتري تسليم الثمن ، وعلى البـائع تسليم المبيع (المثمون) ، فإن قال أحدهما : لا أسلم ما بيـدي حتى أقبض مـا عـاوضت عليـه ، أجبر المشتري على تسليم الثمن ، ثم أخـذ المبيع من البـائـع . وقـال مـالـك : للبـائـع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن . ودليل المـالكيـة والحنفيـة : أن للبـائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن .

وقال الشافعية والحنابلة[4] : إن اختلف في التسليم ، وكان الثمن في الذمـة ، فقـال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري في الثمن مثله ، أجبر البـائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن حق المشتري في عين المبيع ، وحـق البائع في الذمة ، فيقدم ما يتعلق بالعين ، فمن سلم أجبر صاحبه على التسليم ؛ لأن كلاً منهما ثبت له إيفاء واستيفاء ، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء . لكن قيد الشافعيـة هـذا الحكم بما إذا لم يخف البائع فوت الثمن ، وتنازع البائع والمشتري في مجرد الابتـداء ، فـإن

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ونصه : أن النبي ﷺ قال : « الزعيم غارم والـدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله باسماعيل بن زياد السكوني ، وقـال : إنـه منكر الحـديث ، لا يتـابع على عامـة مـا يرويـه (انظر نصب الرايـة : ٤ ص ٥٨) وأخرجـه أحمد وأصحاب السنن إلا النسـائي وفيـه اسماعيل بن عياش (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٠) .

(٢) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ١٩٢ ، البـدائع : ٥ ص ٢٤٤ ، فتح القـدير : ٥ ص ١٠٩ ، رد المحتـار : ٤ ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص٢٤٧ .

(٤) مغني المحتاج : ٧٤/٢ ، المغني : ١٩٨/٤ .

خاف البائع فوت الثمن فله حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن . وكذا للمشتري حق حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

حق حبس المبيع :

يترتب على ما سبق من التزام المشتري بدفع الثمن أولاً : أنه يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أم بعضه[1] .

وشرط ثبوت حق الحبس شيئان :

١ ـ أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً ، مثل بيع سلعة بدراهم ، أو دنانير ، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس ، بل يسلمان معاً .

٢ ـ أن يكون الثمن حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، فلا يثبت حق الحبس ، لأنه سقط بالتأجيل .

وعلى هذا : فلو أجل الثمن إلا درهماً ، كان للبائع حبس كل المبيع ، لأن حق الحبس مما لا يتجزأ ، وكذا لو استوفى جميع الثمن إلا درهماً ، أو أبرأ المشتري عن جميع الثمن إلا درهماً .

وقال الإمام مالك[2] : للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن .

وقال الحنابلة[3] : ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ؛ لأن التسليم من مقتضيات العقد ، فإن اختلف العاقدان في التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى

---

(١) انظر المبسوط ، المرجع السابق ، البدائع : ٥ ص ٢٤٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٧٧ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

(٣) المغني : ١٩٨/٤ .

أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن .

وقال الشافعية[1] : للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته ، وكذا للمشتري حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

ما يسقط حق الحبس وما لا يسقطه :

لو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس ، لأن الرهن والكفالة لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ، ولا حق المطالبة به ، فيبقى حق الحبس لاستيفاء الثمن ، وكل ما في الأمر أن الرهن والكفالة وثيقة بالثمن .

وأما الحوالة بالثمن فتسقط حق الحبس عند أبي يوسف سواء أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل ، أم أحال المشتري البائع على رجل ؛ لأن البائع حينئذ في حكم المستوفى ، لأن حق الحبس مرتبط ببقاء الدين في ذمة المشتري ، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ، ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن ، وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال عليه .

وقال محمد : إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل حق الحبس ، وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي من المحال عليه . وإن كانت من البائع : فإن كانت الحوالة مطلقة لا تبطل حق الحبس أيضاً ، وإن كانت مقيدة بأن أحال غريماً له على المشتري ليقبض الدين الذي له عليه ، تبطل الحوالة حق الحبس ، دليله : أن حق البائع بمطالبة المشتري بأداء الثمن لم يبطل بحوالة المشتري ، أو بحوالته المطلقة ، فلم يبطل حق الحبس ، وأما في الحوالة المقيدة فيبطل حق المطالبة من البائع للمشتري بهذه الحوالة ، فيسقط حق الحبس[2] .

---

(١) مغني المحتاج : ٧٥/٢ .

(٢) المبسوط : ١٣ ص ١٩٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ .

قال الكاساني : « والصحيح اعتبار محمد ، لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن ، لا مع قيام الثمن في ذاته »[1] .

والخلاصة : أن حق الحبس يسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً ، وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف . وعند محمد : فيه روايتان ، أرجحهما ما ذكرناه .

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه عنده ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية ؛ لأن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري ، وهو لا يصلح نائباً عن البائع في وضع يده لأنه أصل في ملك الشيء ، فكان أصلاً في وضع اليد ، فإذا ثبتت يد المشتري على المبيع ، كانت يده يد ملك ، ويد الملك لازمة ، فلا يملك أحد إبطالها بالاسترداد[2] .

ولو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره منه أو آجره ، لم يسقط حق الحبس ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره[3] .

ولو جنى رجل أجنبي على المبيع ، فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان سقط حق الحبس عند أبي يوسف[4] . وسيأتي التفصيل في بحث القبض الآتي مباشرة .

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك البائع الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض .

ولو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع بعد وفاء الثمن ، سقط حق الحبس ،

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٥١ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٥٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤٤ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق نفسه : ٥ ص ٢٤٦ .

(٤) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

فليس له استرداده ، لأنه استوفى حقه بايفاء الثمن ، فيكون قبضاً بحق .

أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل وفاء الثمن ، فلا يسقط حق الحبس ، وللبائع استرداده ؛ لأن له حق الحبس ، حتى يستوفي الثمن ، وحق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه .

فإن كان المشتري تصرف في المبيع في الحالة الأخيرة نظر في ذلك[١] :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة والرهن ونحوها ، فسخه البائع ، واسترده ، لأنه تعلق به حقه .

وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير « أي التحرر بعد موت السيد » والاستيلاد « أي جعل الأَمَةَ مستولدة أي حاملاً ، فتصبح حرة بعد موت سيدها » فإنه لا يسترده ، لأنه لا فائدة في بقاء حق الحبس ، لأن حبس الحر ، أو الذي سيؤول إلى الحرية لا يجوز .

معنى التسليم أو القبض وكيفية تحققه :

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية : هو التخلية أو التخلي ، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري ، برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلماً للمبيع ، والمشتري قابضاً له[٢] .

وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع .

والقبض يتم بطرق :

١ ـ **التخلية** : وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع « أي أن يكون مفرزاً » ولا حائل « أي في حضرة البائع » مع الإذن له بالقبض ، فلو اشترى انسان

(١) البدائع : ٢٥١/٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٤٤ .

حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إليه، وقال: خليت بينك وبينها «أي أذنت» فهو قبض[1]. وإن دفع المفتاح إليه، ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً، وتسليم الدار أو الأرض يتم بأن يقف المشتري في داخلها أو قريباً منها بحيث يرى جانب الأرض أو يقدر على إغلاق باب الدار فوراً، فإن كان بعيداً عنها بغير هذه الحالة، لم يكن قبضاً[2]. وعلى هذا فإن القبض عند الحنفية يكون بالتخلية، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً إلا المكيل والموزون فإن قبضه يكون باستيفاء قدره أي بكيله أو وزنه.

وقال المالكية والشافعية: قبض العقار كالأرض والبناء ونحوهما يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت. وقبض المنقول كالأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس[3].

وقال الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله ووزنه أي أنه يجب الرجوع في القبض إلى العرف[4].

٢ ـ الإتلاف: فلو أتلف المشتري المبيع في يد البائع صار قابضاً للمبيع، وتقرر عليه الثمن؛ لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والإتلاف تصرف فيه حقيقة.

والتعييب مثل الإتلاف: وهو أن يحدث المشتري في المبيع عيباً، كأن يقطع يده أو يشج رأسه، أو أن ينقص منه شيئاً.

وكذا لو أمر المشتري البائع بالإتلاف ففعل، أو أمره بطحن الحنطة فطحن[5]، لأن فعل البائع بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

---

(١) من قواعد الحنفية: «التخلية بين المشتري وبين المبيع قبض» فيعد ذلك قبضاً، وإن لم يتم القبض حقيقة، فإذا هلك المبيع يهلك على المشتري (راجع الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٦٣).

(٢) البدائع، المرجع السابق، رد المحتار: ٤ ص ٤٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٨٦.

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ١٤٥، المجموع: ٩ ص ٣٠١ ـ ٣٠٩، المهذب: ١ ص ٢٦٣.

(٤) المغني: ٤ ص ١١١ وما بعدها.

(٥) البدائع، المرجع السابق، رد المحتار، المرجع السابق.

٣ـ ايداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه : لو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه ، يصير المشتري بذلك قابضاً ؛ لأن الايداع والإعارة للمالك لا يصح ، كما أسلفنا قريباً .

وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره ، وطلب من البائع تسليمه إليه ، يصير قابضاً ؛ لأن الإعارة والايداع عند آخر عمل صحيح ، فقد أثبت يد النيابة لغيره ، ويد أمينه كيده ، فصار قابضاً .

أما لو أودع المشتري من البائع أو أعاره له أو آجره ، لم يكن ذلك قبضاً ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع ، فلا يتصور إثبات يد النيابة له[١] .

٤ـ اتباع الجاني بالجناية على المبيع : لو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ، كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف ، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ، ويتقرر عليه الثمن ، ولا يبطل البيع .

وقال محمد : لا يصير قابضاً ويبقى المبيع في ضمان البائع ، ويؤمر بالتسليم إليه ، ويكون الهلاك على البائع ، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري .

دليل أبي يوسف : أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً ، فيصير قابضاً ، كما لو ارتكب الجناية بنفسه . وبيانه : أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون المجني عليه ؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان ، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري .

ودليل محمد : أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها ، والعين لو

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

كانت قائمة فهلكت قبل القبض ، كان الهلاك على البائع ، فكذا القيمة[1] .

٥ ـ **القبض السابق :** كل ما سبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع ، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق ، ثم باعه المالك له ، فهل يعتبر قابضاً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ؟ فيه تفصيل :

لقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين : قبض الضمان وقبض الأمانة .

فقبض الضمان : هو ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير ، فيضمنه ، إذا هلك عنده ، ولو بآفة سماوية ، كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري .

وقبض الأمانة : هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي ، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع ، أو المستعير ، أو المستأجر ، أو الشريك .

وقد اعتبروا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب .

والمبدأ العام : أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه ، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف . فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان ، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط ، ولا ينوب عن قبض الضمان ؛ لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى[2] .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٥٣٥ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٢١٧ .

وعلى هذا الأساس إذا كان الشيء المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع : إما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة .

أ ـ فإن كانت يد المشتري يد ضمان :

١ ـ فإما أن تكون يد ضمان بنفسه : كيد الغاصب ، فيصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ، ولايحتاج إلى تجديد القبض ، ويبرأ البائع من التزام التسليم ، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد ، أم غائباً ؛ لأن المغصوب مضمون بنفسه ، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه ، فتجانس القبضان ، فناب أحدهما عن الآخر .

أو تكون يد ضمان لغيره ، كيد الرهن ، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن ، فإنه لايصير قابضاً ، إلا أن يكون الرهن حاضراً في مجلس العقد ، أو يذهب إلى حيث يوجد الرهن ، ويتمكن من قبضه ؛ لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه ، بل بغيره ، وهو الدين ، والمبيع مضمون بنفسه ، فلم يتجانس القبضان ، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة ، فكان قبضه قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه ، لا لكونه مضموناً ، وإنما لمعنى آخر ، وهو الاستيثاق بالدين ، فيهلك الرهن من مال المرتهن ويسقط الدين بقدر الرهن ؛ لأن الرهن وثيقة بالدين .

وإذا كان قبض الرهن قبض أمانة ، فقبض الأمانة لاينوب عن قبض الضمان ، كقبض العارية والوديعة .

ب ـ وإن كانت يد المشتري يد أمانة ، كيد المستعير أو الوديع ، فلا يصير قابضاً ، إلا أن يكون المبيع بحضرته ، أو يذهب إليه ، فيتمكن من قبضه بالتخلي ؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان ، فلا يتناوبان[1] .

(١) البدائع : ٥ ص٢٤٨ ، فتح القدير : ٥ ص٢٠٠ .

المبحث الرابع ـ البيع الباطل والبيع الفاسد

تمهيد :

العقد من حيث حكمه أو وصفه الذي يعطيه الشارع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، ينقسم عند جمهور الفقهاء إلى صحيح وغير صحيح .

فالصحيح : هو مااستوفى شروطه وأركانه . وغير الصحيح : هو مااختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ويشمل الباطل والفاسد ، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون العقد إلى صحيح وفاسد وباطل ، فغير الصحيح عندهم ، إما فاسد أو باطل .

ومنشأ الخلاف : هو في تقدير نهي الشرع عن عقد ما .. هل النهي يقتضي الفساد أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً ، أم يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً ، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد ؟

قال جمهور الفقهاء : إن نهي الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه ، ولا فرق بين النهي عن أركان العَقد أو النهي لوصف عارض للعقد ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل في ديننا ماليس فيه فهو رد »[1] .

فمتى خالف العمل أمر الشارع وطلبه ، وصف بالفساد أو البطلان ، سواء أكانت المخالفة راجعة إلى حقيقة العمل أم وصفه ، وسواء في ذلك العبادة والمعاملة .

---

(١) رواه مسلم عن عائشة ، وفي رواية للبخاري ومسلم وأبي داود «من أحدث في أمرنا هذا ماليس منه فهو رد» (راجع جامع الأصول : ١ ص١٩٧) .

وقال الحنفية : قد يكون نهي الشارع عن عقد : معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله . ويفرق بين النهي عن أصل العقد أو أركانه ، فيوجب بطلان العقد ، وبين النهي عن أمر آخر كوصف من أوصاف العقد ، فيوجب فساد العقد فقط[١] ، لأن المعاملات ينظر فيها إلى جانب مصالح العباد ، فإذا كانت مخالفة العمل راجعة إلى حقيقته كبيع المعدوم ، لم تتحقق به مصلحة أصلاً ، فكان باطلاً .

وأما إذا تحققت بالعمل مصلحة على وجه ما ، ترتب أثر العمل عليه ، ويتدارك النقص بإزالة سببه ، وهذا يتحقق فيما لو كانت مخالفة العمل راجعة إلى وصفه مع سلامة حقيقته ، بوجود ركنه وطرفيه ومحله ، فيسمى فاسداً .

أما العبادات فإن البطلان والفساد فيها مترادفان ، فمخالفة أمر الشارع فيها يجعلها موصوفة بالفساد والبطلان ، سواء أكان الخلل في ناحية جوهرية أم في ناحية فرعية متممة ؛ لأن العبادة ينظر فيها إلى تحقيق الامتثال والطاعة التامة ، ولا يحصل ذلك إلا بزوال كل مخالفة فيها .

وعلى هذا الأساس نعرف أن أنواع البيوع عند الحنفية بحسب وصف الشارع لها ثلاثة : صحيح ، وباطل ، وفاسد .

فالبيع الصحيح : هو ماكان مشروعاً بأصله ووصفه[٢] ولم يتعلق به حق الغير، ولا خيار فيه ، وحكمه : أنه يثبت أثره في الحال . فالبيع الصحيح يثبت أثره

---

(١) انظر الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص٤٣٦ ومابعدها . والذي يترجح أن أثر النهي المتوجه إلى الوصف كأثر النهي المتوجه إلى ماتتوقف عليه حقيقة الشيء ، سواء في اعتبار الشرع ، وأن البيع الفاسد والباطل سيان لايترتب عليه حكم من الأحكام (راجع أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع وهي رسالة دكتوراه من الأزهر : ص١٤٧) .

(٢) أصل العقد أي ركنه ومحله فالركن : الايجاب والقبول ، والمحل : محل العقد : ومعنى كون الركن مشروعاً : ألا يعرض له خلل كأن يصدر الايجاب والقبول من مجنون أو صبي لايعقل . ومعنى كون المحل مشروعاً : أن يكون مالاً متقوماً . وأما وصف العقد : فهو ماكان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، أو كون المبيع غير مقدور التسليم ، وكالثمنية فإنها صفة تابعة للعقد .

وهو تبادل الملكية في العوضين ، فيثبت ملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبـائع فور انتهاء الايجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

والبيع الباطل : هو مااختل ركنه أو محله ، أو هو مالا يكون مشروعاً بأصله ولابوصفه ، أي أن يكون العاقد ليس أهلاً للعقد ، أو أن يكون محل العقد ليس قـابلاً له . وحكمه : أنه لايعتبر منعقداً فعلاً ، وإن وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملـك أصلاً ، مثل عقد الطفل أو المجنون أو بيع ماليس بمال كالميتة ، أو مـاليس بمتقوم كالخمر والخنزير .

وإذا كان البيع الباطل لايفيد الملـك بـالقبض ، فلو هلـك المبيع في يـد المشتري فيطبق عليه حكم هلاك الأمانات ؛ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المـالـك . قيل : وهو قول أبي حنيفة . وعند البعض : يكون مضموناً لأنه لايكون أدنى حـالاً من المقبوض على سوم الشراء . قيل : وهو قول الصاحبين . وأما الثمن المقبوض ببيع باطل فالصحيح أنه مضمون كالمقبوض ببيع فاسد .

والبيع الفاسد : هو ماكان مشروعاً بأصله دون وصفـه أي أن يصـدر من أهل لـه في محل قـابل للبيع ، ولكن عرض لـه أمر أو وصف غير مشروع . مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الـدور أو سيـارة من السيـارات المملوكـة لشخص ، دون تعيين ، وكإبرام صفقتين في صفقـة كبيـع دار على أن يبيعـه سيـارتـه مثـلاً : وسنذكر أمثلة أخرى بالتفصيل . وحكمه : أنه يثبت فيه الملك بالقبض بـإذن المـالـك صراحة أو دلالـة ، كأن يقبضـه في مجلس العقـد أمـام البـائع دون أن يعترض عليـه ، خلافاً لجمهور الفقهاء الذين يقررون أنه لايفيد الملك أصلاً كالبيع الباطل[1] .

---

(١) انظر فتح القدير مع العناية : ٥ ص١٨٥ ومابعدها ، البدائع : ٥ ص٢٩٩ ، رد المحتـار لابن عـابـدين : ٤ ص١٠٤ ، مجمع الضمانات : ص٢١٥ ومابعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص ٤٤٠ ومابعدها .

الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل

إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل ، كما إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو صيد الحرم أو الإحرام ، فلا يفيد الملك أصلاً وإن قبض ؛ لأن الخلل واقع على المبيع ذاته ، وهو أن الخمر والخنزير لا يثبت الملك فيهما للمسلم بالبيع ، والبيع لا ينعقد بلا مبيع ، والميتة والدم ليسا بمال متقوم ، وقد أبطل الشارع تملك صيد الحرم والإحرام .

وإن كان الفساد يرجع للثمن : فإن كان الثمن مالاً في الجملة أي في بعض الأديان أو مرغوباً عند الناس ، كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام فإن البيع يكون فاسداً أي أنه ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ؛ لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضهما البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع[1] .

وأما إن كان الثمن ميتة أو دماً ، فاختلف الحنفية : فقال عامتهم : يبطل ، وقال بعضهم : يفسد ، والصحيح أنه يبطل ؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً[2] .

وبعد هذا التمهيد :

نذكر نموذجاً من أنواع البيع الباطل ولو في رأي بعض الفقهاء ، ثم نذكر نموذجاً آخر من أنواع البيع الفاسد ، ثم نعقبها بتفصيل حكم البيع الفاسد وما يترتب عليه .

وقد فصلنا بين نوعي البيع المذكورين منعاً للإبهام أو الإشكال ، على عكس ما نجده في أغلب كتب الحنفية التي تذكر باب البيع الفاسد . وتريد به الأعم من كونه فاسداً أو باطلاً وهو المنهي عنه الممنوع شرعاً[3] بل إنهم قد يطلقون لفظ الفاسد

---

(١) الفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ماتراضى عليه المتعاقدان ، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها . والقيمة : ماقوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولانقص (انظر رد المحتار : ٤ ص٥٣) .

(٢) المبسوط : ١٣ ص٢٢ ومابعدها ، فتح القدير والعناية : ٥ ص١٨٦ ، ٢٢٧ ، البدائع : ٥ ص٢٩٩ ، ٣٠٥ .

(٣) انظر فتح القدير : ٥ ص١٨٥ ، رد المحتار : ٤ ص١٠٤ .

ويريدون به الباطل، ويفهم المقصود إما بالقرائن أحياناً أو بما يشعر بأن البيع باطل كقولهم: لا ينقلب العقد صحيحاً، وفي البيع الفاسد بالعكس: يعود العقد صحيحاً.

المطلب الأول - أنواع البيع الباطل

نذكر من أنواع البيع الباطل ما يأتي:

١ - بيع المعدوم:

اتفق أئمة المذاهب على أنه لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وبيع الحمل الموجود لأنه على خطر الوجود، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع حبل الحبلة»[١] أي نتاج النتاج. ونهى أيضاً عن بيع المضامين والملاقيح[٢] (والمضامين: ما في أصلاب الذكور، والملاقيح: ما في بطون الإناث) ونهى كذلك عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، كما سيأتي.

ومن الملحق بالمعدوم: بيع لؤلؤ في صدف، وبيع اللبن في الضرع وبيع الصوف على ظهر الغنم، ومثله بيع الكتاب قبل طبعه، فإن بيع ذلك لا يجوز عند جمهور

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع حبل الحبلة» (انظر جامع الأصول: ١ ص٤٤١، نيل الأوطار: ٥ ص١٤٧).

(٢) فيه عدة روايات منها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة: قال: والمضامين: ما في أصلاب الإبل، والملاقيح، ما في بطونها، وحبل الحبلة: ولد ولد هذه الناقة، وقيل: إن المبيع هو ولد الناقة (انظر نصب الراية: ٤ ص١٠) والخلاصة أن المضامين: ما في ظهر الفحل بمعنى أن يحمل البائع الفحل على ناقته، فما أنتجته كان للمشتري، أو بيع ما يضربه الفحل مدة عام أو عامين. والملاقيح: بيع الجنين في بطن أمه، أو ما في البطن من المني قبل أن يطلق عليه اسم الحمل، وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية.

الفقهاء ؛ لأن محل العقد غير موجود بالتأكيد ، ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم[1] ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع »[2] ولأن بيع اللبن في الضرع مجهول الصفة والمقدار . وجهالة مقداره ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن ، فيظن أنه من اللبن . وجهالة الصفة : لأنه قد يكون اللبن صافياً ، وقد يكون كدراً فأشبه الحمل ، لأنه بيع عين لم تخلق ، فلم يجز كبيع ماتحمل الناقة ، والعادة في ذلك تختلف . وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة ، بل شيئاً فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التميز بينهما .

وأما لبن الظئر (أي المرضع) فيجوز بيعه للحضانة ، للحاجة .

وأما بطلان بيع الصوف على ظهر الغنم ، فلأنه يقع الاختلاف في موضع القطع من الحيوان ، فيقع الإضرار به فكان مشتملا على الغرر ، وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن الصوف ينمو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التميز بينهما .

وخالف الإمام مالك في الحالتين ، فقال : يجوز بيع اللبن في الضرع في الغنم السائمة التي لا يختلف لبنها ، لا في الشاة الواحدة ، أياماً معلومة ، إذا عرف قدر حلابها ، لسقي الصبي ، كلبن الظئر ، لتسامح غالب الناس به أياماً معلومة غالباً ، بل رأينا من يسامح بلبن بقرته الشهر وأكثر بطريق الإباحة أو الهبة . وقال أيضاً : يصح بيع الصوف على ظهر الغنم ، لأنه مشاهد يمكن تسليمه .

وهناك رواية عند الحنابلة تقرر مثل هذا الحكم وهو أنه يجوز بيع الصوف على

---

(١) تطعم ـ بكسر العين أي يبدو صلاحها .

(٢) حديث مرفوع مسند رواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس ، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما (انظر نصب الراية : ٤ ص ١١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٩) .

ظهر الغنم ، بشرط جزّه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه . وكذلك الظاهرية أجازوا بيع الصوف على ظهور الغنم[(١)] .

رأي بعض الحنابلة في بيع المعدوم : أجاز ابن القيم وأستاذه ابن تيمية بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة ، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كبيع الفرس النافر والجمل الشارد ، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود .

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد . وعلى هذا فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر لا للعدم ، فالأصل إذاً هو الغرر[(٢)] .

٢ ـ بيع معجوز التسليم

يرى جمهور الحنفية كما في ظاهر الرواية : أنه لا ينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد ، ولو كان مملوكاً ، كالطير الذي طار من يد صاحبه ، أو العبد الآبق (الفارّ) واللقطة ، ويكون البيع باطلا ، حتى لو ظهر الآبق ونحوه يحتاج إلى تجديد الايجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا حينئذ ، فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي .

---

(١) انظر المبسوط : ١٢ ص ١٩٤ ومابعدها ، ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٨ ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٢ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٦ ، ١١٢ ، ١١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٧ ، ١٥٧ ، الميزان : ٢ ص ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ ، المغني : ٤ ص ٢٠٨ ومابعدها ، سبل السلام : ٣ ص ٣٢ ومابعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المحلى : ٨ ص ٤٥٨ .

(٢) راجع أعلام الموقعين : ٢ ص ٨ ومابعدها ، مصادر الحق : ٣ ص ٤٠ ومابعدها ، الغرر وأثره في العقود : ص ٣٥٦ ومابعدها ، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠٨ .

ولو قدر على التسليم في المجلس لا يعود جائزاً ، لأنه وقع باطلاً ، وعن الكرخي والطحاوي : أنه يعود جائزاً .

فإن كان الطائر يذهب ويعود كالحمام الأهلي ، ففي ظاهر الرواية : لايجوز أيضاً بيعه لعدم القدرة على التسليم في الحال ، وقال بعض الحنفية : إن كان الطائر داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه ، وإلا فلا .

وكذا يبطل العقد إذا جعل معجوز التسليم ثمناً ؛ لأن الثمن إذا كان عيناً ، فهو مبيع في حق صاحبه(١) .

وقال المالكية : لاينعقد بيع البعير الشارد والبقرة المتوحشة والمغصوب إلا أن يبيعه من غاصبه .

وقال الشافعية والحنابلة : لايجوز (أي لاينعقد) بيع مالا يقدر على تسليمه

---

(١) وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق ، حتى لو ظهر وسلم يجوز ولايحتاج إلى تجديد البيع ، ودليله : أن الإباق لايوجب زوال الملك ، ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ ، فإذا باعه يكون قد باع مالاً مملوكاً له ، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم ، فإن سلم زال المانع ، فينفذ ، كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره ، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم .

ووجه ظاهر الرواية : هو أن القدرة على التسليم شرط انعقاد العقد ، لأنه لاينعقد إلا لفائدة ، ولايفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم ، والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد ، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك ، واحتمال قد يحصل وقد لايحصل . ومالم يكن منعقداً بيقين لاينعقد لفائدة محتملة ، بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب ، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم ، حتى لو سلم ينفذ ، لأن المالك هنا قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين ، إلا أنه لم ينفذ للحال ، لوجود يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع ، فينفذ ، بخلاف الآبق ، لأنه معجوز التسليم على الاطلاق ، فأشبه بيع الآبق بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء (البدائع : ٥ ص ١٤٧ ومابعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٩ ، رد المحتار : ٤ ص ١١٢ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٢ ، الأموال ونظرية العقد لأستاذنا محمد يوسف موسى : ص ٣١٤) .

وقال المالكية : لايجوز (أي لاينعقد) بيع الآبق حال إباقه ، إذا لم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لايسهل خلاصه منه أو عند من يسهل خلاصه منه ، ولم تعلم صفته فإذا كان معلوم الصفة ، معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، قال ابن رشد : وأظنه (أي الإمام مالك) اشترط أن يكون معلوم الإباق ، ويتواضعان الثمن أي لايقبضه البائع حتى يقبض المشتري المبيع (بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١١) وقد ذكرت حكم العبد الآبق لمجرد الاطلاع من الناحية التاريخية .

كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد ، والفرس العائر (أي الهائم على وجهه) والمال المغصوب في يد الغاصب والعبد الآبق ، سواء علم مكانه أو جهل ، ومثله بيع الدار أو الأرض تحت يد العدو[1] لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر[2] ، وهذا غرر ، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء مافي بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم[3] . وعن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : « لاتشتروا السمك في الماء فإنه غرر »[4] فقد علل النهي عن بيع السمك بأنه غرر ، فدل على أن الغرر : مالا يقدر على تسليمه . والمراد بالماء الذي لايجوز بيع السمك فيه هو الماء غير المحصور كماء البحر والنهر ، فإن كان الماء محصوراً كماء البركة فقال الحنفية والشافعية والحنابلة في الجملة : يجوز بيع السمك فيه إذا كان يمكن أخذه بدون اصطياد وحيلة . ولكن للمشتري خيار الرؤية عند الحنفية . ومنع المالكية بيع السمك في الغدير أو البركة[5] .

والخلاصة : أن المذاهب الأربعة متفقة على بطلان بيع مالا يقدر على تسليمه ، مع الخلاف في بعض القيود أحياناً أو مع أقوال ضعيفة في المذهب .

وذهب الظاهرية إلى أنه لايشترط في صحة البيع أن يكون المعقود عليه مقدور

---

(١) المهذب : ١ ص٢٦٣ ، المغني : ٤ ص٢٠٠ ومابعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص١٠ .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» وقد سبق تخريجه . وبيع الحصاة مثل أن يقول : بعتك من هذه الأثواب ماوقعت عليه هذه الحصاة ثم يرمي الحصاة (انظر جامع الأصول : ١ ص٤٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص١٤٧) .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري ونصه : « نهى النبي ﷺ عن شراء مافي بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع مافي ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص١٤٩) .

(٤) رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً والطبراني في الكبير كذلك ، ورجال الموقوف رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص٨٠) .

(٥) البدائع : ٥ ص٢٩٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص١٥٦ ، المهذب : ١ ص٢٦٣ ، المغني : ٤ ص٢٠٢ .

التسليم ، وإنما الواجب ألا يحول البائع بين المشتري وبين ماشتراه[1] .

بيع الدين :

الدين[2] : كثمن مبيع ، وبدل قرض ، ومهر بعد دخول بالمرأة أو قبل الدخول بها ، وأجرة مقابل منفعة ، وأرش[3] جناية ، وغرامة متلف ، وعوض خلع ، ومسلم فيه . وبيع الدين : إما أن يكون لمن في ذمته الدين ، أو لغير من عليه الدين . وفي كل من الحالين إما أن يباع الدين نقداً في الحال ، أو نسيئة مؤجلاً .

وبيع الدين نسيئة : هو مايعرف ببيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وهو بيع ممنوع شرعاً لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ[4] ، وقد قيل : أجمع الناس على أنه لايجوز بيع دين بدين ، وذلك سواء أكان البيع للمدين ، أم لغير المدين .

مثال الأول وهو بيع الدين للمدين : أن يقول شخص لآخر اشتريت منك مداً من الحنطة بدينار على أن يتم تسليم العوضين بعد شهر مثلاً . أو أن يشتري شخص شيئاً إلى أجل ، فإذا حل الأجل ، لم يجد البائع مايقضي به دينه ، فيقول للمشتري : بعني هذا الشيء إلى أجل آخر بزيادة شيء ، فيبيعه ولايجري بينهما تقابض . فيكون هذا رباً حراماً تطبيقاً لقاعدة : « زدني في الأجل ، وأزيدك في القدر » .

ومثال بيع الدين لغير المدين : أن يقول رجل لغيره : بعتك العشرين مداً من

---

(١) المحلى : ٨ ص٤٤٩ ومابعدها ، أصول البيوع الممنوعة : ص١٣٠ .

(٢) يلاحظ أن «الدين» في القوانين الوضعية المعاصرة : هو العمل الذي يجب على الشخص أن يقوم به . فيشمل ماإذا كان محل هذا العمل ديناً موصوفاً في الذمة الذي يقول به فقهاؤنا ، أو عيناً : وهي الشيء المعين المشخص بذاته .

(٣) الأرش : هو العوض المالي المقدر شرعاً بدلاً عن الجناية التي ألحقت بعضو من الأعضاء .

(٤) رواه الدارقطني عن ابن عمر ، ورواه الطبراني عن رافع بن خديج ، وقد سبق تخريجه ، وبيان كونه ضعيفاً .

القمح التي لي عند فلان بكذا تدفعها لي بعد شهر[١].

وبيع الدين نقداً في الحال: اختلف الفقهاء في شأنه على التفصيل الآتي:

أولاً ـ بيع الدين للمدين: أجاز جمهور الفقهاء أئمة المذاهب الأربعة بيع الدين لمن عليه الدين أو هبته له؛ لأن المانع من صحة بيع الدين بالدين هو العجز عن التسليم، ولاحاجة إلى التسليم ههنا، فما في ذمة المدين مسلم له[٢]. ومثاله: أن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه، فيسقط الدين المبيع، ويجب عوضه.

وقال الظاهرية: لايجوز بيع الدين إلى المدين لوجود الغرر فيه، قال ابن حزم: لأنه بيع مجهول، ومالا يدرى عينه، وهذا هو أكل مال بالباطل[٣].

ثانياً ـ بيع الدين لغير المدين: قال الحنفية والظاهرية: بما أنه لايجوز بيع معجوز التسليم، فلا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع؛ لأن الدين عبارة عن مال حكمي في الذمة، أو عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع. ولو شرط التسليم على المدين لايصح البيع أيضاً؛ لأن البائع شرط التسليم على غيره، فيكون شرطاً فاسداً، فيفسد البيع[٤].

وقال الشافعية في الأظهر عندهم[٥]: يجوز بيع الدين

---

(١) راجع سبل السلام: ٣ ص ٤٥، نيل الأوطار: ٥ ص ١٥٦، الشرح الكبير والدسوقي: ٣ ص ٦١ ومابعدها، الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق: ص ٣١١ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ٥٨، المهذب: ١ ص ٢٦٢.

(٢) البدائع: ٥ ص ١٤٨، تكملة ابن عابدين: ٣٢٦/٢، الفتاوى الهندية: ٣٦٥/٤، أصول البيوع الممنوعة: ص ١١١، المغني: ٤ ص ١٢٠.

(٣) المحلى: ٩ ص ٧ ومابعدها، أصول البيوع، المكان السابق.

(٤) البدائع، المحلى، في المكانين السابقين.

(٥) المهذب: ١ ص ٢٦٢ ومابعدها.

المستقر[1] للمدين ولغير المدين قبل القبض ، لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود ، ومثال الدين المستقر : قيمة المتلفات ، والمال الموجود عند المقترض .

وأما إن كان الدين غير مستقر : فإن كان مسلماً فيه في عقد السلم ، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض ، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر ، لأنه ربما تعذر تسليمه لفقدانه ، فانفسخ البيع فيه .

وإن كان الدين ثمناً في بيع ، ففي المذهب الجديد للشافعي : يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر في هذا الشأن عن الرسول ﷺ : « لابأس مالم تتفرقا ، وبينكما شيء »[2] ولأنه لايخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار ذلك مثل المبيع بعد القبض .

وقال الحنابلة : يصح في الصحيح من المذهب بيع الدين المستقر للمدين كبدل قرض ومهر بعد الدخول . ولا يصح بيع الدين لغير المدين ، كما لاتصح هبة الدين لغير من هو في ذمته ؛ لأن الهبة تقتضي وجود معين ، وهو منتفٍ هنا . كما لا يصح بيع الدين غير المستقر كأجرة عقار قبل مضي مدة الإيجار ، ومهر قبل دخول بالمرأة ، ومسلم فيه قبل القبض ، إلا أن ابن القيم أجاز بيع الدين للمدين ولغير المدين[3] .

وقال المالكية : يجوز بيع الدين لغير المدين بشروط ثمانية تبعده عن الغرر والربا وأي محظور آخر كبيع الشيء قبل قبضه ، وتتلخص هذه الشروط هنا في شرطين هما :

---

(١) الدين المستقر: هو الثابت استيفاؤه والذي يكون الملك عليه لازماً مستحقاً لصاحبه دون أن يكون هناك أي احتمال آخر لسقوطه .

(٢) رواه الترمذي وغيره، وصححه الحاكم على شرط مسلم، والقصة معروفة وهي أن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، فآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، فآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: «لابأس مالم تتفرقا وبينكما شيء».

(٣) المغني: ٤ ص١٢٠، ٣٠١، غاية المنتهى: ٢ ص٨٠ ومابعدها، أعلام الموقعين: ١ ص٣٨٨ ومابعدها. كشاف القناع: ٣٣٧/٤ .

١ً ـ ألا يؤدي البيع إلى محظور شرعي كالربا والغرر ونحوهما : فلابد من أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، كأن يكون من قرض ونحوه ويكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يباع بثمن مقبوض أي معجل لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين المبيع أو من جنسه مع التساوي بينهما حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان الدين فضة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى بيع النقد بالنقد نسيئة من غير مناجزة ، فهذه أربعة شروط في شرط .

٢ ـ أن يغلب على الظن الحصول على الدين بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، ليعلم حاله من عسر أو يسر ، وأن يكون المدين مقراً بالدين ، حتى لا ينكره بعدئذ ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بألا يكون قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة حتى لا يتضرر المشتري أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتمكين خصمه منه[١] .

فهذه أربعة شروط أخرى في شرط . ويظهر لنا أن مذهب المالكية هو الراجح بين المذاهب .

خصم الكمبيالة : ذكر الحنفية[٢] أن بيع أوراق الكمبيالة المتعارف في زماننا إلى غير الغريم (المدين) أو لمن عليه أموال أميرية بأنقص من الحق غير صحيح .

٣ ـ بيع الغرر :

الغرر في اللغة : الخطر ، والتغرير : التعريض للهلاك ، وأصل الغرر لغة : هو ماله ظاهر محبوب ، وباطن مكروه . ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور .

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ ص٦٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص١٤٦ ، القوانين الفقهية : ص٢١٠ ، ٢٨٩ ، أصول البيوع الممنوعة : ١٠٩ ، الغرر وأثره في العقود : ص٣١٥ .

(٢) أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الاسلامية وموقف القوانين منها للأستاذ عبد السميع إمام : ص١٢٠ .

فالغرر: تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف. وبيع الغرر: هو بمعنى مغرور اسم مفعول، فهو من إضافة المصدر إلى اسم المفعول. ورجح بعضهم[(1)] أن الاضافة هنا من إضافة الموصوف إلى صفته، أو من إضافة المصدر إلى نوعه، ولا يصح جعل الإضافة من إضافة المصدر إلى مفعوله، كما يقول ابن تيمية، لأنه يترتب على هذا كون الغرر خاصاً بمحل العقد، وليس كذلك، فإن من الغرر المنهي عنه باتفاق الفقهاء ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد، كبيع الحصاة. أما إذا جعلنا الاضافة إلى الصفة أو نوع المصدر، فإن النهي يعم كل بيوع الغرر، سواء أكان الغرر في محل العقد كبيع الطير في الهواء، وشاة من قطيع، أم في صيغته كالبيعتين في بيعة، والشرطين في بيع وبيع العربان، وبيع الحصاة ونحوها.

وإذاً فالغرر لغة معناه الخداع الذي هو مظنة ألا رضا به عند تحققه، فيكون من أكل المال بالباطل[(2)]. والغرر فقهاً يتناول الغش والخداع والجهالة بالمعقود عليه، وعدم القدرة على التسليم. قال الصنعاني: يتحقق بيع الغرر في صور: إما بعدم القدرة على التسليم كبيع الفرس النافر والجمل الشارد، أو بكونه معدوماً أو مجهولاً، أو لا يتم ملك البائع له، كالسمك في الماء الكثير، وغيرها من الصور[(3)].

الغرر في اصطلاح الفقهاء: لقد ذكر فقهاء المذاهب تعريفات للغرر متقاربة نسبياً منها:

قال السرخسي الحنفي: الغرر: ما يكون مستور العاقبة[(4)].

وقال القرافي المالكي: أصل الغرر: هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء[(5)].

---

(1) انظر رسالة الزميل الدكتور الصديق الأمين «الغرر وأثره في العقود» ص٦٢.

(2) سبل السلام: ٣ ص١٥.

(3) المرجع السابق، القوانين الفقهية: ص٢٥٦.

(4) المبسوط: ١٢ ص١٩٤.

(5) الفروق: ٣ ص٢٦٥.

وقال الشيرازي الشافعي : الغرر : ماانطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته[١] .

وقال الإسنوي الشافعي : الغرر : هو ماتردد بين شيئين أغلبهما أخوفهما[٢] .

وقال ابن تيمية : الغرر هو المجهول العاقبة . وقال ابن القيم : هو مالا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وإن كان موجوداً[٣] .

وقال ابن حزم : مالا يدري المشتري مااشترى ، أو البائع ماباع[٤] .

والخلاصة : أن بيع الغرر : هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين ، فيؤدي إلى ضياع ماله[٥] . وعرفه الأستاذ الزرقاء فقال : هو بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار . والغرر الذي يبطل البيع : هو غرر الوجود : وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم . أما غرر الوصف فمفسد للبيع[٦] ، كما عرفنا في شرائط الصحة .

إذاً : الغرر هو الخطر بمعنى أن وجوده غير متحقق ، فقد يوجد وقد لا يوجد . وبيع الغرر : بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه ، أو لا تعلم قلته وكثرته ، أو لا يقدر على تسليمه .

ملاحظات على التعاريف : قصر الظاهرية الغرر على المجهول ، وقصره بعض الحنفية على مالا يدرى حصوله ، وأخرجوا عنه المجهول ، والراجح عند أكثر الفقهاء أن الغرر يشمل مالا يدرى حصوله ، والمجهول[٧] ، ولذا فإن تعريف السرخسي للغرر هو أرجح التعاريف : وهو ما كان مستور العاقبة .

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٢) نهاية السول شرح منهاج الأصول : ٢ ص ٨٩ .

(٣) أعلام الموقعين : ٢ ص ٩ ، الفتاوى لابن تيمية : ٣ ص ٢٧٥ .

(٤) المحلى : ٨/ ٣٩٦٨ .

(٥) أصول البيوع الممنوعة : ص ١٣٠ .

(٦) المدخل الفقهي العام له : ١ ص ٩٧ ، عقد البيع له أيضاً : حاشية ص ٢٠ .

(٧) راجع رسالة الغرر وأثره في العقود : ص ٣٣ ومابعدها .

حكم بيع الغرر : قال الإمام النووي : النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً . ويستثنى من بيع الغرر أمران :

أحدهما ـ ما يدخل في المبيع تبعاً ، بحيث لو أفرد ، لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء ، واللبن في الضرع تبعاً للدابة .

والثاني ـ مايتسامح بمثله عادة ، إما لحقارته ، أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه ، كدخول الحمام بالأجر ، مع اختلاف الناس في الزمان ، ومقدار الماء المستعمل ، وكالشرب من الماء المحرز ، وكالجبة المحشوة قطناً[(١)] .

وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع الغرر ، مثل بيع اللبن في الضرع ، والصوف على الظهر ، واللؤلؤ في الصدف ، والحمل في البطن ، والسمك في الماء ، والطير في الهواء قبل صيدهما ، وبيع مال الغير على أن يشتريه فيسلمه ، أي بيع ماسيملكه قبل ملكه له ، لأن البائع باع ماليس بمملوك له في الحال ، سواء أكان السمك في البحر ، أوفي النهر ، أوفي حظيرة لا يؤخذ منها إلا باصطياد ، وسواء أكان الغرر في المبيع أو في الثمن .

ومن البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر : بيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة[(٢)] ، وبيع ضربة القانص (بأن يقول البائع : بعتك ما يخرج من إلقاء

---

(١) المجموع : ٩ ص ٢٨٠ ومابعدها ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٨ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : ٧٦/٢ .

(٢) سبق شرح المضامين والملاقيح ، وأما بيع الملامسة : فهو مثل بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته ، أو إن لمسته ، أو أي ثوب من هذه الأثواب لمسته ، فهو لك . وبيع المنابذة مثل : إن أو متى نبذت هذا ، أو أي ثوب نبذته لك (أي طرحته) فهو لك بكذا . وبيع الحصاة الذي يشبه بيع اليانصيب اليوم ، كأن يقول : ارم بهذه الحصاة ، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك ، أو بعتك من هذه الأرض ماانتهت إليه الحصاة في الرمي . ولفظ الغرر يشملها ، إلا أنها أفردت في الحديث بالنهي كما سنلاحظ ، لكونها كانت مما يبتاعها أهل الجاهلية . (سبل السلام : ٣ ص ١٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١١) وفسر الحنفية هذه البيوع الثلاثة تفسيراً يشعر بأن اللمس أمارة على لزوم البيع ، سواء أكان المشتري عالماً بالمبيع أم جاهلاً به ، في حين أن مفهوم بيع الملامسة عند المحدثين هو أن اللمس يقوم مقام نظر السلعة إذا احتاج الأمر إلى ذلك كالثوب ، قال المرغيناني : هي أن يتراوض الرجلان على سلعة (أي يتساومان) فإذا لمسها المشتري ، أو نبذها إليه البائع ، أو وضع المشتري عليها حصاة ، لزم البيع ، فالأول بيع الملامسة ، والثاني : المنابذة ، والثالث : إلقاء الحجر أي بيع الحصاة (راجع فتح القدير : ٥ ص ١٩٦) .

هذه الشبكة مرة بكذا) وضربة الغائص (بأن يقول : أغوص غوصة ، فما أخرجته من اللآلئ ، فهو لك بكذا)[1] فالمبيع في الأنواع الخمسة الأخيرة مجهول الذات أو المقدار ، وقد ثبت النهي عنها ، وهي من بيوع الجاهلية .

ومنها بيع المزابنة : وهو بيع الرطب أو العنب على النخل أو الكرمة بتمر مقطوع ، أو زبيب مثل كيله خرصاً أي بتقديره حَزْراً أو تخميناً . وبيع المحاقلة : أي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ، لأن النبي ﷺ « نهى عن المزابنة والمحاقلة »[2] لما في ذلك من الربا لجهالة مقدار المبيع ، إذ أنه كما هو معلوم يشترط التماثل حقيقة في الأموال الربوية . لكن للحاجة رخص الشافعية والحنابلة والظاهرية ، وفي الراجح عند المالكية بيع العرايا[3] : وهو عند الشافعية بيع الرطب على النخل خرصاً بتمر في الأرض كيلاً ، أو بيع العنب على الشجر خرصاً بزبيب في الأرض كيلاً ، فيما دون خمسة أوسق[4] بشرط التقابض في المجلس عند الفقهاء ماعدا المالكية ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص في العرايا[5] . وأما الحنفية

---

(١) الصائد بالآلة هو القانص سواء في البر أو البحر . وأما من يغوص في البحر لاستخراج اللآلئ مثلاً فهو الغائص وقد ورد النهي عن ضربة الغائص في حديث أبي سعيد الخدري (نيل الأوطار : ١٤٨/٥) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري ،وأخرجه البخاري أيضاً من حديث ابن عباس ، وأنس . وأخرجه مسلم أيضاً من حديث أنس (راجع نصب الراية : ٤ ص١٢ ومابعدها ، نيل الأوطار : ٥ ص١٩٨ ومابعدها) .

(٣) العرايا : جمع عرية ، والعرية : النخلة المعراة والتي أكل ماعليها ، وهي في الأصل : عطية ثمر النخل دون الرقبة ، وقال الجوهري : هي النخلة التي يعريها (أي يعطيها) صاحبها رجلاً محتاجاً بأن يجعل له ثمرها عاماً ، من عراه : إذا قصده .

(٤) الوسق : ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ والخمسة أوسق تساوي ٢٥٧ رطلاً شامياً أي قنطارين ونصف تقريباً أو ٦٥٣ كغ . وقد قصر الحنابلة والظاهرية بيع العرايا على ثمر النخل دون العنب وأجازه مالك في كل ما ييبس ويدخر كالجوز واللوز والتين .

(٥) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سهل بن أبي حثمة ، وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق (شك من الراوي) والمقصود من بيع الثمر بالتمر أي بيع ثمر النخلة الجديد بالتمر القديم (راجع نصب الراية : ٤ ص١٣ ، نيل الأوطار : ٥ ص٢٠٠) .

فقد أجازوا بيع العرايا للضرورة فقط، وذكر الشوكاني أن أبا حنيفة منع صور بيع العرايا كلها، وقصر العرية على الهبة: وهي أن يهب صاحب البستان لرجل ثمر نخلات معلومة من بستانه، ثم يتضرر بدخوله عليه، فيخرصها، ويشتري رطبها منه بقدر خرصه بتمر معجل أي بقدر ماوهبه له من الرطب بما يساويه تخميناً من التمر[1].

ويلاحظ أن هذه البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر، منها الباطل، ومنها الفاسد في اصطلاح الحنفية، فالفاسد منها فقط: هو بيع ضربة القانص والغائص والمزابنة والمحاقلة والملامسة والمنابذة وبيع الحصاة، وبيع ثوب من أثواب ونحوها مما فيه جهالة. وأما ماعداها فهو باطل[2]. فبيع الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة باطل، لنهيه ﷺ عنه، ولما فيه من الغرر، كما بينا في بحث بيع المعدوم.

والدليل على عدم صحة بيع الغرر في الجملة: هو أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر. وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لاتشتروا السمك في الماء، فإنه غرر»[3]، ولأنه غير مقدور على تسليمه، وفيه جهالة فاحشة بمحل العقد أو بمقدار المبيع، ولأنه غير مملوك للبائع محل العقد.

الغرر اليسير: الغرر والجهالة ثلاثة أقسام[4]: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء. وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة. ومتوسط اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو الثاني، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير، ألحق بالقليل. وقد أجاز الحنفية بيع مايشتمل على غرر يسير، كالأشياء التي

---

(١) نيل الأوطار: ٥ ص٢٠١، مختصر الطحاوي: ص٧٨.

(٢) التبس على بعض المؤلفين أن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء قبل الاصطياد بيع فاسد عند الحنفية، والتحقيق أنه باطل، لأنه بيع شيء غير مملوك في الحال (راجع رد المحتار: ٤ ص١١١ ومابعدها، وقارن اللباب شرح الكتاب: ٢ ص٢٥، الغرر وأثره في العقود: ص٣٤٧).

(٣) سبق قريباً تخريج هذين الحديثين.

(٤) الفروق: ٣/٢٦٥.

تختفي في قشرها كالجوز واللوز والفستق والباقلاء[1] الأخضر، والأرز والسمسم في قشرها الأعلى، والحنطة في سنبلها، والبطيخ والرمان على أن يكون للمشتري خيار الرؤية كما سيأتي بيانه في بحث هذا الخيار.

أما المالكية والحنابلة فقد أجازوا مطلقاً كل مافيه غرر يسير، أو التي تدعو إليه الضرورة، كهذه الأشياء التي ذكرناها.

وأما الشافعية: فإنهم أجازوا بيع هذه الأشياء في قشرها الأسفل. أما بيعها بقشرها الأعلى فاختلفوا فيه على رأيين مشهورين في المذهب، رجح النووي والبغوي والشيرازي عدم الصحة. وقال إمام الحرمين والغزالي: الأصح صحته؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشترى له الباقلاء الرطب، ولتعارف ذلك في جميع البلدان من غير إنكار[2].

ونحن نرجح جواز بيع هذه الأشياء مطلقاً كما رأى المالكية والحنابلة لتعارف الناس هذه البيوع، فإذا وجد فيها عيب أمكن فسخ العقد بمقتضى خيار العيب.

حكم التأمين مع شركات التأمين في الإسلام

التأمين حديث النشأة، فقد ظهر بمعناه الحقيقي في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا في صورة التأمين البحري. والتأمين (أو السوكرة) نوعان: تأمين تعاوني

---

(١) هو الفول الأخضر أي ونحوه.

(٢) راجع مذاهب الفقهاء في الغرر: المبسوط: ١٢ ص١٩٤ ومابعدها، تبيين الحقائق: ٤ ص٤٥ ومابعدها، فتح القدير: ٥ ص١٠٦، ١٩١ ومابعدها، البدائع: ٥ ص١٤٧ ومابعدها، ٢٩٤، رد المحتار والدر المختار: ٤ ص١١١-١١٤، المنتقى على الموطأ: ٥ ص٤١، بداية المجتهد: ٢ ص١٥١، ١٥٦، ١٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص٥٥-٦٠، القوانين الفقهية: ص٢٥٦ ومابعدها، الفروق للقرافي: ١ ص١٥٠ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢ ص٣١، ٩٠، ٩٣، المهذب: ١ ص٢٦٣ ومابعدها، المجموع: ٩ ص٢٨١، ٣٧٤، ٣٣٥، المغني: ٤ ص٥٦، ٩٢، ٢٠١، تنوير الحوالك شرح الموطأ: ٢ ص١٢٥ ومابعدها، نيل الأوطار: ٥ ص١٤٧، ٢٠٠ ومابعدها، سبل السلام: ٣ ص١٥.

وتأمين بقسط ثابت[1] .

أما التأمين التعاوني : فهو أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً ، لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين . وهو قليل التطبيق في الحياة العملية .

وأما التأمين بقسط ثابت : فهو أن يلتزم المؤمَّن له بدفع قسط محدد إلى المؤمِّن : وهو شركة التأمين المكونة من أفراد مساهمين ، يتعهد (أي المؤمن) بمقتضاه دفع أداء معين عند تحقق خطر معين . وهو النوع السائد الآن . ويدفع العوض إما إلى مستفيد معين أو إلى شخص المؤمن أو إلى ورثته ، فهو عقد معاوضة ملزم للطرفين .

والفرق بين النوعين : أن الذي يتولى التأمين التعاوني ليس هيئة مستقلة عن المؤمن لهم ، ولا يسعى أعضاؤه إلى تحقيق ربح ، وإنما يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء . أما التأمين بقسط ثابت فيتولاه المؤمن (أي الشركة المساهمة) الذي يهدف إلى تحقيق ربح ، على حساب المشتركين المؤمن لهم . وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات ، لأن من طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد العاقدين على العوض أحياناً .

التأمين التعاوني : لاشك في جواز التأمين التعاوني في الإسلام ، لأنه يدخل في عقود التبرعات ، ومن قبيل التعاون على البر ؛ لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين ، أياً كان نوع الضرر ، سواء في التأمين على الحياة ، أو الحوادث الجسمانية ، أو على الأشياء (بسبب الحريق أو السرقة أو موت الحيوان) أو ضد المسؤولية من حوادث السير ، أو حوادث العمل[2] ، ويجوز أيضاً للمؤمن له التأمين الإلزامي كالتأمين المفروض على السيارات ضد الغير ، وتجوز التأمينات الاجتماعية ضد العجز والشيخوخة والمرض والتقاعد .

---

(١) التأمين في القانون المصري والمقارن للدكتور عبد المنعم البدراوي : ص٣٦ وما بعدها

(٢) انظر الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير : ص٥٢١ وما بعدها .

التأمين بقسط ثابت ـ فتوى ابن عابدين : أفتى ابن عابدين بحرمة التأمين البحري[1] ، لضمان مافد يهلك من البضائع المستوردة بطريق النقل البحري ، بالمراكب ، فلا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من مال المؤمن لأسباب ثلاثة :

١ ـ إن هذا العقد التزام مالا يلزم ، لعدم وجود سبب شرعي من أسباب الضمان الأربعة وهي العدوان من قتل وهدم وإحراق ونحوها ، وتسبب الإتلاف كحفر بئر بدون ترخيص في الطريق العام ، ووضع اليد غير المؤتمنة كالغصب والسرقة وبقاء المبيع في يد البائع ، والكفالة . وليس المؤمن متعدياً ، ولا متسبباً في الإتلاف ، ولا واضع يد على المؤمن عليه ، وليس في التأمين مكفول معين .

٢ ـ ليس التأمين من قبيل تضمين الوديع إذا أخذ أجراً على الوديعة إذا هلكت ؛ لأن المال ليس في يد المؤمن ، بل في يد صاحب المركب ، ولو كان صاحب المركب هو المؤمن ، فإنه يكون أجيراً مشتركاً ، لا وديعاً ، وكل من الوديع والأجير المشترك لا يضمن مالا يمكن الاحتراز عنه ، كالموت والغرق والحرق الغالب .

٣ ـ ليس التأمين من قبيل تضمين التغرير : لأن الغارّ لا بد من أن يكون عالماً بالخطر ، وأن يكون المغرور جاهلاً به غير عالم . والمؤمن (شركة التأمين أو الضمان) لا يقصد تغرير التجار (المؤمن لهم) ، ولا يعلم بحصول الخطر ـ الغرق مثلاً ، هل يكون أم لا ، أي لا يعلم : هل تغرق المركب أم لا ؟

أما في حال العلم بالخطر من المؤمن والتاجر كالخطر من اللصوص وقطاع الطرق ، فيجوز الضمان ، ولكن ليس التأمين منطبقاً عليها . فلو قال شخص لآخر : اسلك هذا الطريق ، فإن كان مخوفاً وأخذ مالك ، فأنا ضامن : ضمن .

وأضاف ابن عابدين : أنه إن جرى عقد التأمين الفاسد في بلاد الحرب بين المؤمن

---

(١) رد المحتار : ٢٧٣/٣ وما بعدها ـ فصل في استئمان الكافر الحربي .

وشريك حربي غير مسلم للمؤمن له ، أو بين التاجر المؤمن له الموجود في دار الحرب وبين المؤمن ، وأخذ بدل الهالك ، وأرسله في الحالة الأولى إلى التاجر المسلم ، أو قبض التاجر البدل في بلادنا في الحالة الثانية ، فالظاهر أنه يحل للتاجر أخذه ؛ لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب ، وقد وصل إلى التاجر مالهم برضاه ، فلا مانع من أخذه . أما إن كان العقد في بلادنا ، والقبض في بلاد الحرب ، فلا يحل أخذ البدل ، ولو برضا الحربي ، لانبنائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل شركة المضاربة التي هي مال من طرف وعمل من طرف آخر ، لسببين : أولهما ـ أن الأقساط التي يدفعها المؤمن له تدخل في ملك شركة التأمين (المؤمن) ، وهي مطلقة اليد في أن تتصرف بها كيفما تشاء . ويخسرها المؤمن له إن لم يقع الحادث .

ثانيهما ـ أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة كالربع أو الثلث ، وفي التأمين يشترط للمشترك المؤمن له قدر معين في الربح ٣٪ أو ٤٪ فتكون هذه المضاربة غير صحيحة . ولو تجاوز العاقد هذا السبب ، يظل السبب الأول ، كما أنه في حال موت المؤمن له قد لا يذهب المبلغ المؤمن عليه للورثة مطلقاً وإنما للمستفيد ، بخلاف حال موت رب المال في المضاربة .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل الضمان أو الكفالة ، لأنه ليس واحداً من أسباب الضمان الأربعة المشروعة المتقدمة ، كما أنه في كثير من صور عقد التأمين لا يوجد فيه ما يمكن أن يعتبر مكفولاً ، وإن وجد المكفول كما في التأمين من حوادث السيارات ، فهو مجهول .

والحقيقة أن عقد التأمين من عقود الغرر ـ العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ويقاس عليه عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر الغرر فيها كما يؤثر في عقد البيع .

وعقد التأمين مع الشركات من عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر فيه الغرر ، كما يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية . وقد وضعه رجال القانون تحت عنوان « عقود الغرر » ؛ لأن التأمين لا يكون إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، أو غير معروف وقوعه ، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين .

والغرر في التأمين كثير ، لا يسير ، ولا متوسط ، لأن من أركان التأمين : « الخطر » والخطر هو حادث محتمل لا يتوقف على إرادة العاقدين[١] .

والحاجة التي من أجلها يجوز العقد المشتمل على الغرر ولو كان كثيراً : (وهي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ، ولكنه لا يهلك)[٢] يشترط فيها أن تكون عامة ، أو خاصة ، وأن تكون متعينة .

والحاجة العامة : هي ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس . والحاجة الخاصة : هي ما يكون الاحتياج فيها خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد ، أو حرفة .

ومعنى كون الحاجة متعينة : أن تسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض ، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر .

ولو سلمنا بوجود حاجة عامة للتأمين في الوقت الحاضر ، فإن الحاجة إليه غير متعينة ، إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع ، وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس الذي يسعى إلى الربح ، وهو شركة الضمان . فيكون التأمين عقد معاوضة مشتملاً على غرر كثير من غير حاجة ، فيمنع في الإسلام .

وبناء عليه لا يحل للتاجر وغيره من المؤمنين أخذ بدل الهالك من مال السوكرة ؛ لأنه مال لا يلزم من التزم به ، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل .

---

(١) انظر الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير : ص٦٥٦ ، ٦٦١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٧٧ ، القاعدة الرابعة .

٤ ـ بيع النجس والمتنجس :

قال الحنفية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ؛ لأنها ليست بمال أصلاً . ويكره بيع العَذِرة ، ولا بأس ببيع السرقين أو السرجين : وهو (الزبل) وبيع البعر ، لأنه منتفع به ، لأنه يلقى في الأرض لاستكثار الريع ، فكان مالاً ، والمال محل للبيع بخلاف العذرة ، لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطة ويجوز بيع المخلوط كالزيت الذي خالطته النجاسة .

ويصح عندهم بيع كل ذي ناب من السباع ، كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها ؛ لأن الكلب ونحوه مال ، بدليل أنه منتفع به حقيقة ، مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق كالحراسة والاصطياد ، فكان مالاً . ويصح بيع الحشرات والهوام كالحيات والعقارب إذا كان ينتفع به .

ويصح بيع المتنجس والانتفاع به في غير الأكل كالدبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد ، ما عدا دهن الميتة ، فإنه لايحل الانتفاع به .

والضابط عندهم : أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً ، فإن بيعه يجوز[١] ، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ .

وقال المالكية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة لحديث جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يا رسول الله ، أرأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ، وتدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ : قاتل الله اليهود إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه ـ أذابوه ـ ثم باعوه فأكلوا ثمنه »[٢] وقال في

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٨٨ ، ٨ ص ١٢٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد والموطأ عن جابر بن عبد الله (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٧٥ ، سبل السلام : ٣ ص ٥) .

الخمر : « إن الذي حرم شربها حرم بيعها »[(١)] .

ولا ينعقد بيع الكلب مع كونه طاهراً ، سواء أكان كلب صيد أم حراسة ، لأنه نهي عن بيعه ، ففي الحديث : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن »[(٢)] . وقال سحنون : أبيعه وأحج بثمنه .

ولا ينعقد بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره ، كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة . أما المتنجس الذي يمكن تطهيره ، كثوب ، فإنه يجوز بيعه .

ولا ينعقد أيضاً بيع ما نجاسته أصلية كزبل ما لا يؤكل لحمه ، وكعذرة وعظم ميتة ، وجلدها ، ويصح بيع روث البقر وبعر الغنم والإبل ونحوها للحاجة إليها لتسميد الأرض وغيره من ضروب الانتفاع[(٣)] .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز بيع الخنزير والميتة والدم والخمر ، وما أشبه ذلك من النجاسات ، لقول الرسول ﷺ : « إن الله ورسوله حرم[(٤)] بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » ولأنه يجب اجتناب النجس وعدم الاقتراب ، والبيع وسيلة إلى الاقتراب[(٥)] .

ولا يجوز بيع الكلب ولو كان معلماً للنهي الوارد فيه في الحديث السابق : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب .. » .

---

(١) رواه مسلم والموطأ والنسائي عن عبد الرحمن بن وعلة رحمه الله أن ابن عباس روى له هذا الحديث (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٧٧) .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد عن أبي مسعود الأنصاري ـ عقبة بن عمرو (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٣ ، نصب الراية : ٤ ص ٥٢) .

(٣) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠ وما بعدها ، الحطاب على متن خليل : ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ .

(٤) رواية الصحيحين هكذا بإفراد الضمير ، وفي بعض الطرق « إن الله حرم » وفي رواية سبق ذكرها « إن الله ورسوله حرما » .

(٥) وهناك طريقة عند الشافعية لمبادلة النجاسات المنتفع بها وهي طريقة « رفع اليد » بأن يقول البائع : رفعت يدي عن هذا الشيء بكذا .

ولا يصح بيع ما لا منفعة فيه كالحشرات وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد ، كالأسد والذئب ، والطيور التي لا تؤكل ، ولا تصطاد ، كالرخمة والحدأة والغراب ؛ لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له ، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، وبذل العوض فيه من السفه .

ولا يجوز بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره من النجاسة كالخل والدبس ، ولكن يصح بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كالثوب ونحوه .

ولا يجوز بيع السرجين ونحوه من النجاسات[1] ، إلا أن الحنابلة أجازوا بيع السرجين الطاهر كروث الحمام وكل ما يؤكل لحمه .

والخلاصة : أن فقهاء الحنفية والظاهرية يجيزون بيع النجاسات للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها ؛ لأن جواز البيع يتبع الانتفاع ، فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه عندهم . وأما فقهاء المالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة : فلا يجيزون بيع النجاسات ؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة ، فكل ما كان طاهراً أي مالاً يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم .

٥ـ بيع العربون :

في العربون ست لغات أفصحها فتح العين والراء ، وضم العين وإسكان الراء . وعربان بالضم والإسكان ، وهو أعجمي معرب ، وأصله في اللغة : التسليف والتقديم .

وبيع العربون : هو أن يشتري الرجل شيئاً ، فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع درهماً ، أو غيره مثلاً ، على أنه إن نفذ البيع بينهما احتسب المدفوع من الثمن ، وإن لم ينفذ ، يجعل هبة من المشتري للبائع[2] . فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري : إن أمضى

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٦١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١ ، المغني : ٤ ص ٢٥١ ، ٢٥٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص ٦ وما بعدها ، أصول البيوع الممنوعة : ص ٤١ .

(٢) يلاحظ أن هذا البيع وإن كان فاسداً بحسب قواعد الحنفية ، لأن الفساد يرجع للثمن ، إلا أنا ذكرناه في أنواع البيع الباطل ، لأن الغالب بقاؤه على الفساد فيصبح باطلاً ، ولأن فيه غرراً .

البيع كان العربون جزءاً من الثمن ، وإن رد البيع فقد العربون ، ومدة الخيار غير محددة بزمن ، وأما البائع فإن البيع لازم له .

وقال بعض الحنابلة[1] : لا بد أن تقيد فترة الانتظار بزمن محدد وإلا فإلى متى ينتظر البائع ؟

وقد اختلف فيه العلماء ، فقال الجمهور : إنه بيع ممنوع غير صحيح ، فاسد عند الحنفية ، باطل عند غيرهم ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان[2] ولأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، ولأن فيه شرطين فاسدين : أحدهما ـ شرط الهبة ، والثاني ـ شرط الرد على تقدير ألا يرضى ، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن يكون له رد المبيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً . وهذا هو مقتضى القياس[3] .

وقال أحمد بن حنبل : لا بأس به ودليله ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زيد بن أسلم أنه « سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله »[4] وما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث : « أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر ، كان البيع نافذا ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة

---

(١) غاية المنتهي : ٢ ص ٢٦ .

(٢) هذا حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود وهو لمالك في الموطأ ، وفيه راو لم يسم ، وسمي في رواية ، فإذا هو ضعيف ، وفيه طرق لا تخلو عن مقال ، وهو مروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وفسر الإمام مالك بيع العربان ، فقال : « هو أن يشتري الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ، ثم يقول للذي اشترى منه أو اكترى منه : أعطيتك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك » (انظر سبل السلام : ٣ ص ١٧ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٣ ، الموطأ : ٢ ص ١٥١) .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦١ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ٦٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٩ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٣ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ١٥٧ ، شرح المجموع للإمام النووي : ٩ ص ٣٦٨ .

(٤) حديث مرسل وفي اسناده ابراهيم بن أبي يحي وهو ضعيف (نيل الأوطار ، المكان السابق) .

درهم ». وضعف أحمد الحديث المروي في بيع العربان، وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار[1].

وفي تقديري أنه يصح ويحل بيع العربون وأخذه عملاً بالعرف؛ لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لم تصح.

٦ - بيع الماء:

عرفنا سابقاً أنه يشترط في المعقود عليه كونه مالاً محرزاً أي مملوكاً لواحد من الناس، فلا ينعقد بيع شيء غير محرز كالماء والهواء والتراب، فما هو المقصود بالماء، وما هي مذاهب العلماء في تملكه وبيعه؟

قال الحنفية: المياه أربعة أنواع[2]:

الأول - ماء البحار: وهو مشاع لجميع الناس، ولكل إنسان حق الانتفاع به على أي وجه شاء كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، فله أن ينتفع به لحوائجه الخاصة ولسقاية أراضيه أي أن له ما يسمى بحق الشفة وحق الشرب[3] أو سقي الأراضي الزراعية والأشجار.

الثاني - ماء الأودية العظام، مثل أنهار دجلة والفرات والنيل وبردى والعاصي وسيحون وجيحون ونحوها من الأنهار العامة. وللناس فيها حق الشفة مطلقاً، وحق سقي الأراضي إن لم يضر السقي بمصلحة الجماعة، فإن أضر بهم فلا يجوز السقي؛ لأن

---

(١) المغني: ٤ ص ٢٣٢، انظر مصادر الحق للسنهوري: ٢ ص ٩٦ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٢٣٤. وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون (راجع غاية المنتهى: ٢ ص ٢٦).

(٢) راجع تكملة فتح القدير والهداية: ٨ ص ١٤٤، رد المحتار على الدر المختار: ٥ ص ٣١١.

(٣) الشفة - بفتحتين: وحق الشفة: هو الشرب بالشفاه بأن يتناول الإنسان بفمه ما شاء منه، ويسقي بهائمه لدفع العطش، ويغسل به حوائجه ونحو ذلك. والشرب بكسر الشين: هو لغة النصيب من الماء، وشرعاً: نوبة الانتفاع بالماء (أي وقته وزمنه) لسقي الزراعة والدواب.

دفع الضرر العام واجب، ويجوز أيضاً تركيب المطاحن المائية على هذه الأنهار إن لم يكن هناك ضرر عام.

الثالث ـ الماء المملوك لجماعة مخصوصة كأهل قرية تختص بنهر صغير أو عين ماء أو بئر. ومنه الماء المأخوذ من الأنهار العامة الذي يجري في المقاسم أي المجاري المملوكة بشق الجداول ونحوها. ويثبت فيه لكل إنسان حق الشفة فقط للضرورة المقتضية إباحته لاحتياج الناس إليه، ولعدم امكان استصحاب الماء إلى كل مكان.

الرابع ـ الماء المحرز في الأواني، وهو مملوك لمن أحرزه، ولا حق فيه لأحد غير صاحبه، ولا يجوز الانتفاع به إلا بإذن مالكه.

وبهذا يظهر أن الماء بالنسبة للتملك والبيع إما مباح، أو غير مباح، والمباح حق للجميع لقوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار»[1] والمقصود بالمباح: مايشمل النوعين الأولين، وهو مالا يختص به أحد من الناس. وغير المباح أو المملوك: هو مايدخل تحت الملكية سواء أكانت لفرد أم لجماعة، ويشمل النوعين الآخرين.

وهذا هو المعنى المقصود أيضاً عند المالكية والشافعية والحنابلة[2] وقد يسمى هذان النوعان: الماء الخاص والماء العام. فالأول: هو الماء المتملك في الأرض المملوكة كالبئر والعين. والثاني: هو غير المتملك في أرض غير مملوكة كالأنهار والعيون.

حكم بيع الماء: اتفق العلماء على أنه يستحب بذل الماء بغير ثمن حتى ولو كان مملوكاً ولا يجبر المالك على بذل الماء، إلا في حال الضرورة بأن يكون قوم اشتد بهم العطش، فخافوا الموت، فيجب عليه سقيهم، فإن منعهم، فلهم أن يقاتلوه عليه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، وأحمد في مسنده، وابن أبي شيبة في مصنفه من حديث رجل من الصحابة. وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس، ورواه الطبراني عن ابن عمر (نصب الراية: ٤ ص٢٩٤).

(٢) راجع القوانين الفقهية: ص٣٣٩، المهذب: ١ ص٤٢٧ ومابعدها، المغني: ٤ ص٧٨ ومابعدها.

ولكن الحنفية فصلوا فيا يباح به القتال فقالوا : يجوز للمضطر أن يقاتل بالسلاح مالك الماء في الحوض أو البئر أو النهر الذي في ملكه لأنه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة ، والماء في البئر مباح غير مملوك . أما إن كان الماء محرزاً في الأواني ، فيقاتل المضطر بغير السلاح ، ويضمن له ماأخذ كما في حال أخذ الطعام عند المخمصة ، لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينافي الضمان . هذا اذا كان الماء فاضلاً عن حاجة مالكه بأن كان يكفي لدفع الرمق لكل منهما ، وإلا وجب تركه لمالكه(١) .

أما بيع الماء فللعلماء فيه رأيان مشهوران : رأي الجمهور ، ورأي الظاهرية .

أولاً ـ قال جمهور العلماء(٢) : يجوز بيع غير المباح للناس جميعاً كماء البئر والعين والمحرز في الأواني ونحوها ، ولصاحبه أن ينتفع به لنفسه ، ويمنع غيره من الانتفاع . فله أن يمنع صاحب الحق في الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء بقربه ، فإن لم يجد ، يقال لصاحب البئر ونحوه : إما أن تخرج الماء إليه ، أو تتركه ليأخذ الماء .

واستدلوا على الجواز بدليلين :

١ ـ ثبت في الحديث الصحيح أن عثمان بن عفان رضي الله عنه اشترى بئر رومة من اليهودي في المدينة ، وسبّلها أو حبسها على المسلمين ، وذلك بعد أن سمع النبي ﷺ يقول : « من يشتري بئر رومة ، فيوسع بها على المسلمين وله الجنة » وكان اليهودي يبيع ماءها للناس . فهذا الحديث كما يدل على جواز بيع البئر نفسها ، وكذلك العين بالقياس عليها ، يدل على جواز بيع الماء ، لتقريره ﷺ لليهودي على البيع . ونوقش هذا بأنه كان في صدر الإسلام وكانت شوكة اليهود في ذلك الوقت قوية ، والنبي ﷺ صالحهم في مبدأ الأمر على ماكانوا عليه ، ثم استقرت أحكام الشريعة ، التي شرع فيها

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٥ ص٣١٣ ، تكملة فتح القدير: ٨ ص١٤٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص١٤٦ ، رد المحتار: ٥ ص٣١١ ـ ٣١٢ ، ٤ ص٦ ، القوانين الفقهية : ص٣٣٩ ، المهذب ، المكان السابق ، المجموع : ٩ ص٢٧٨ ، المغني : ٤ ص٧٩ ، غاية المنتهى : ٢ ص٩ ، ٢٧٧ .

للأمة تحريم بيع الماء . ثم إن المـاء هنـا داخل في البيع تبعـاً لبيع البئر، وهـذا لاخلاف فيه[1] .

٢ ـ يقاس بيع الماء المباح على بيع الحطب بعد إحرازه ، فإن النبي ﷺ أقر بيعـه بقوله : « لأن يأخذ أحـدكم حبلـه ، ثم يغـدو إلى الجبل ، فيحتطب ، فيبيع ، فيـأكل ، ويتصـدق ، خيرلـه من أن يســأل النــاس »[2] ونـوقش ذلــك بــأن تخصيص النص بالقياس مختلف فيـه بين علمـاء الأصول ، وبـأن هـذا القيـاس يقتضي جواز بيع المـاء المحرز فقط ، دون ماء البئر ونحوه .

ثانياً ـ قال الظاهرية[3] : لايحل بيع الماء مطلقاً ، لا في ساقية ولا في نهر ، ولا في عين ، ولا في بئر، ولا في صهريج ، ولا مجمـوعـاً في قربـة ولا في إنـاء ، إلا أن تبـاع البئر كلها أو جزء مسمى منها ، فيجوز البيع حينئذ ، ويدخل الماء تبعاً للمبيع الأصلي .

وقال أحمد في رواية عنه : لا يعجبني بيع الماء ألبتة .

واحتج هؤلاء على المنع بما يأتي :

١ ـ ثبت أن النبي ﷺ قال : « لا يباع فضل الماء ليباع بـه الكلأ »[4] فهـذا النفي يدل على النهي عن بيع الماء الزائد عن الحاجة . ونوقش ذلك بـأن النهي قـد ورد على حالة خاصة : وهي ماقصد ببيع الماء حمايـة الكلأ الـذي حولـه ويحتـاج إليـه الرعـاء لرعي مواشيهم له .

---

(١) نيل الأوطار : ٥ ص١٤٦ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد وابن مـاجـه والنسـائي عن أبي هريرة (نيل الأوطـار: ٤ ص١٦٢ ، الجـامع الصغير: ٢ ص١٢٢) .

(٣) المحلى : ٩ ص٨ .

(٤) أخرجه مسلم عن أبي هريرة ، وأخرجه البخاري وأحمد أيضاً بلفظ آخر (نيل الأوطار: ٥ ص٣٠٣) .

٢ - صح أن النبي ﷺ « نهى عن بيع فضل الماء »[١] فهذا الحديث صريح بتحريم بيع فضل الماء وهو الفاضل عن كفاية صاحبه ، سواء أكان في أرض مباحة ، أم في أرض مملوكة ، وسواء أكان للشرب أم لغيره . ونوقش ذلك بأنه معارض بحديث بئر رومة السابق ذكره ، أو بأنه محمول على حالة خاصة كما ذكرنا .

ونحن نرى أن النهي عن بيع فضل الماء يقصد به الماء الكثير كماء الآبار والعيون والأمطار التي تجتمع في أرض مملوكة ، ويكون منعها عبثاً لامعنى له[٢] .

المطلب الثاني - أنواع البيع الفاسد

البيع الفاسد في اصطلاح الحنفية كما قدمنا : ماكان مشروعاً بأصله لابوصفه ويفيد الملك بالقبض . وعند غير الحنفية : البيع إما صحيح أو باطل ، وغير الصحيح لايفيد الملك أصلاً .

وسنذكر هنا نموذجاً من أنواع البيوع الفاسدة عند الحنفية ، مع الإشارة إلى حكمها عند غيرهم .

١ - بيع المجهول :

قال الحنفية : إذا كان المبيع أو الثمن مجهولاً جهالة فاحشة وهي التي تفضي إلى المنازعة ، فسد البيع ؛ لأن هذه الجهالة مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل مقصود البيع .

فإن كان مجهولاً جهالة يسيرة وهي التي لاتؤدي إلى المنازعة ، لا يفسد البيع ؛ لأن هذه الجهالة لاتمنع من التسليم والتسلم ، فيحصل مقصود البيع .

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه عن اياس بن عبد (نيل الأوطار : ٥ ص١٤٥) .

(٢) راجع أصول البيوع الممنوعة : ص٤٦ ومابعدها .

والعرف هو الحكم في بيان نوع الجهالة : يسيرة أو فاحشة . فإذا لم يبين مثلاً جنس الحيوان أو لم يبين « ماركة » المذياع أو آلة التصوير ، يعتبر المبيع مجهولاً جهالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه ، إذ تؤدي حتماً إلى نزاع شديد بين المتعاقدين[1] .

ومن الجهالة اليسيرة :

أن يبيع شخص قفيزاً[2] من صبرة معينة بدراهم ، أو عدلاً من الثياب بكذا ، ولا يعرف عددها ، أو هذه الصبرة بكذا ، ولا يعلم عدد القفزان : جاز البيع[3] لزوال الغرر ، ولأن الجهالة مغتفرة لاتفضي إلى المنازعة عادة . ومثله أن يبيع أحد الشيئين أو الثلاثة دون مازاد عليها ، مع اشتراط المشتري الخيار لنفسه بين أن يأخذ واحداً ويرد الباقي ، وهو المعروف بخيار التعيين فيصح البيع استحساناً ، والقياس أن يفسد البيع وهو قول زفر .

وجه القياس : هو أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحد الشيئين ، وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولاً ، فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة ، وذكر الخيار ، وعليه فلا يجيز زفر خيار التعيين .

وأما وجه الاستحسان فهو **أولاً** ـ القياس على مشروعية خيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، فورود الشرع في خيار الشرط يكون وروداً ههنا ، والحاجة تتحقق بالتحري في ثلاثة أشياء ، لاقتصار الأشياء في العادة على الجيد والوسط والرديء ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس وهو أن يكون المبيع معلوماً ، وعليه يكون بيع

(١) الأموال ونظرية العقد : ص٣١٢ .

(٢) القفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك : صاع ونصف ، والصاع أربعة أمداد ، والمد رطل وثلث بالبغدادي تقريباً ، والرطل مائة وثلاثون درهماً ، والدرهم (٢,٩٧٥ غم) .

(٣) البدائع : ٥ ص١٥٧ ومابعدها ، المهذب : ١ ص٢٦٣ .

واحد من أربعة مثلاً مع الخيار فاسداً لعدم حاجة الناس إلى تشريعه باعتبار أن أصناف الأشياء إجمالاً تتراوح بين جيد ووسط ورديء .

وثانياً ـ لأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إليه ، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق ، فيشتري مايحتاج إليه ، وعلى التخصيص الأكابر (أي كبار السن) والنساء ، فيحتاج الواحد من هؤلاء إلى أن يكلف غيره بشراء شيء ، ولاتتحقق حاجته بشراء شيء واحد معين من جنس ما ؛ لأنه قد لا يوافق حاجته أو رغبته ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من الجنس ، فيحملها الشخص إلى من كلفه بالشراء ، فيختار أيها شاء ، بالثمن المذكور ، ويرد الباقي ، فجاز الشراء لتعامل الناس ، ولاتعامل فيما زاد على الأشياء الثلاثة ، فيبقى الحكم فيه على أصل القياس[1] .

ويلاحظ أن الأصح عند الحنفية في هذه الحالة عدم اشتراط تعيين مدة للخيار ، كما في المدة المشترطة في خيار الشرط وهي : (ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : ثلاثة أيام ومازاد عليها بعد أن يكون الوقت معلوماً) فيصح البيع من غير ذكر المدة .

وقال بعض الحنفية : لايجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ؛ لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً ، وفيه خيار شرط ، فإن بيان المدة شرط لصحة البيع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين . والجامع بينهما : أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار ، وأنه مفسد للبيع .

واستدل الأولون : بأن هناك فرقاً بين خيار الشرط وخيار التعيين : وهو أن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم البيع ، وهو نقل الملكية في مدة الخيار ، فكان توقيت المدة أمراً ضرورياً في حدود الحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل في صلاحية المبيع . أما

---

(١) البدائع : ١٥٧/٥ ، فتح القدير : ١٣٠/٥ ، ١٩٧ .

خيـار التعيين فلا يمنع ثبوت حكم البيـع بـل يثبت الحكم في أحـد الشيئين غير معين ، وإنما يمنع تعين المبيع فقط ، فلا يشترط له بيان المدة .

ومن الجهالة الفاحشة

أن يبيع إنسان أحد الأشياء الأربعة ، أو شاة من قطيع على أنه بـالخيـار بين أن يأخذ واحداً منها ويرد الباقي ، وكذا إذا اشترى أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الشيئين ، ولم يـذكر فيـه الخيـار ، فلا يجوز بيع ثوب من ثـوبين ، أو من أثـواب ثـلاثـة مثـلاً ، ويكون البيع فاسداً لجهالة المبيع ، وهي جهالة تفضي إلى المنازعة ؛ لأن البـائع يريـد إعطاء الرديء ، والمشتري يريد أخذ الجيد بحجة عدم التعيين[1] .

وفي الجملة : إن الجهالـة الفـاحشـة ترجع غـالبـاً إلى أربع جهـات[2] أشرنـا إليهـا سابقاً :

الأولى ـ جهالة المبيع : جنسـاً أو نوعـاً أو قـدراً بـالنسبـة إلى المشتري ، وقـد ذكرنا بعض الأمثلة عليها .

الثانية ـ جهالة الثمن : كما إذا بـاع الفرس بمـائـة شـاة من هـذا القطيع ونحوه فيكون العقد فاسداً لجهالة الثمن .

وكذا إذا باع هذا الثوب بقيمتـه ، يكون البيع فـاسـداً ، لأنـه جعل ثمنـه قيمتـه ، والقيمة تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولاً .

وكـذا لـو اشترى شخص بحكم البـائـع أو المشتري أو بحكم فـلان ، يكـون البيـع فاسداً ، لأنه لايدري بماذا يحكم فلان ، فكان الثمن مجهولاً .

وإذا قال : « بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير» يكون البيع فاسـداً ؛ لأن الثمن مجهـول . وقيـل : إنـه البيعـان في بيـع ، وقـد نهى الرسـول ﷺ عن البيعتين في

---

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار بهامش رد المحتار لابن عابدين : ١١٥/٤ .

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص٢٦ .

بيعة[1] . وإذا قال : « إن أخذته حالاً بخمسة وإن أخذته مؤجلاً بسبعة » فالبيع فاسد ، لأنه لم يستقر الثمن على شيء ، هل حالاً أو مؤجلاً ؟ فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين ، صح .

وكذا البيع برأس المال المجهول أو بالرقم[2] (بسكون القاف) دون أن يعلم المشتري رقمه ولا رأس ماله فالبيع فاسد ، فإن علم المشتري رأس ماله أو رقمه في مجلس البيع ، فإنه يعود جائزاً استحساناً ؛ لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس ، ولما كان للمجلس حكم حالة العقد ، فقد صار كأنه كان معلوماً عند العقد ، فإذا لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد[3] .

وقال زفر : إذا وقع العقد فاسداً من حين وجوده لايحتمل الجواز بحال ، لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً عنده[4] .

وهذا متفق عليه بين المذاهب لجهالة الثمن ، فإن علم الثمن فقد اتفقوا على أنه لابأس أن يبيع بالرقم ، بمعنى أن يقول : بعتك هذا الثوب برقمه ، وهو الثمن المكتوب

---

(١) رواه الموطأ والترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة (انظر جامع الأصول : ٤٤٦/١) .

(٢) وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك المقدار (العناية : ١١٣/٥) ففي هذا البيع جهالة بذات المبيع ووصفه . وصورته : أن يكون هناك سلع متعددة تتفاوت أجناسها وقيمها ، وكل سلعة منها ذات رقم خاص يختلف عن أرقام سواها ، فيدفع المشتري قدراً من المال ، ويأخذ ورقة تحمل رقماً خاصاً ، فما وافق رقمه من السلع كان هو المبيع الذي يستحقه في نظير مبلغه ، قل أو كثر ، فيؤدي ذلك إلى فقد عنصر الاختيار والإرادة ، وهذا يشبه بيع الحصاة الذي كان سائداً في الجاهلية (انظر أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبدالسميع : ص٧٢ ، ٧٥) والخلاصة : أن الرقم : هو الكتاب ، ورقم الثوب كتابه ، ومعنى بيع السلعة برقمها : هو أن يبيعها بما هو مكتوب فيها من الثمن ، ولاعلم به المشتري حتى ينظره بعد العقد ، ومنه قوله تعالى : ﴿ كتاب مرقوم ﴾ (هامش المهذب : ٢٦٦/١) ، وقد اتفقت المذاهب الأربعة والظاهرية على عدم جواز بيع شيء بما رقم أي كتب عليه من الثمن المجهول القدر .

(٣) البدائع : ١٥٨/٥ ، رد المحتار : ٣٠/٤ ، فتح القدير مع العناية : ١١٣/٥ ، المبسوط : ٤٩/١٣ .

(٤) البدائع : ١٢٤/٦ .

عليه ، إذا كان معلوماً لهما حال العقد ؛ لأنه بيع بثمن معلوم[1] .

ولا يجوز البيع عند الفقهاء بما ينقطع عليه السعر في السوق ، أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان لجهالة الثمن ، وقد نقل عن الإمام أحمد جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير الثمن أو تحديده وقت العقد ، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان ، وقد رجح جوازه ابن تيمية وابن القيم . والمراد به سعر السوق وقت البيع لا أي سعر في المستقبل[2] .

الثالثة ـ جهالة الأجل : كما إذا باع إلى أجل كذا أو كذا ، فيفسد البيع لأن الأجل مجهول . وكذا الجهالة في مدة خيار الشرط تفسد البيع ، ودليل الفساد : هو أن النبي ﷺ « نهى عن بيع حبل الحبلة » وذلك بحسب المعنى الذي فسره ابن عمر راوي الحديث : وهو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة مافي بطنها ، ثم تلد التي ولدتها . فالنهي ورد على التأجيل إلى أجل مجهول .

ولو باع إلى قدوم الحاج والحصاد والدياس أو الدراس (دوس الحب بالقدم ونحوها) والقطاف (قطاف العنب) والجزاز (جز صوف الغنم) فالبيع فاسد ؛ لأن هذه الجهالة مفضية إلى النزاع بسبب تقدم هذه الأوقات وتأخرها .

فلو باع شخص إلى هذه الآجال ، ثم تراضى الطرفان على إسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج ، جاز البيع ؛ لأن الفساد للمنازعة ، وقد ارتفع قبل تقرره ، وهذه الجهالة ليست في صلب العقد ، وإنما هي في أمر خارج : وهو الأجل[3] .

---

(١) مغني المحتاج : ١٧/٢ ، المغني : ١٨٧/٤ .

(٢) راجع مغني المحتاج : ١٧/٢ ، المهذب : ٢٦٦/١ ، القوانين الفقهية : ص٢٥٧ ، الشرح الكبير للدردير : ١٥/٣ ، غاية المنتهى : ١٤/٢ ، أعلام الموقعين : ٥/٤ ومابعدها ، المحلى : ١٩/٩ ، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف : ص١٧٨ ومابعدها .

(٣) فتح القدير : ٢٢٢/٥ ومابعدها ، المبسوط : ٢٦/١٣ ، رد المحتار : ١٢٥/٤ . ويلاحظ أن البيع إلى هذه الآجال فاسد ، وأما تأجيل ثمن البيع إلى هذه الآجال فهو صحيح .

الرابعة ـ الجهالة في وسائل التوثيق : كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل فيجب أن يكونا معينين ، وإلا فسد البيع .

هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في بيع المجهول .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية : لا يجوز بيع عين مجهولة كسيارة من سيارات أو ثوب من ثوبين أو أثواب ، ولا بيع بثمن مجهول ولا بثمن مؤجل إلى أجل مجهول ونحو ذلك ، ويكون البيع حينئذ باطلاً ، لوجود الغرر بسبب جهالة المبيع ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ومن هنا قرروا في شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً للمتعاقدين ، لا من كل وجه ، بل عيناً في المعين وقدراً وصفة فيما في الذمة ، وأن يكون الثمن معلوم الصفة والقدر والأجل ، فلا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج ، لأنه بيع غرر[1] . إلا أن المالكية أجازوا البيع إلى الحصاد أو الجداد أو العصير أو خروج الحاج أو النيروز والمهرجان والميلاد لأنها آجال معروفة ، وأجازوا أيضاً البيع مع خيار التعيين ، وسموه بيع الاختيار ، لكنهم اشترطوا اتحاد جنس المبيعين وصنفهما واتحاد الثمن ، فلو وجد اختلاف لم يصح البيع[2] .

الفرق بين الغرر والجهالة : الغرر أعم من الجهالة ، فكل مجهول غرر ، وليس كل غرر مجهولاً ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الآبق المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر[3] .

---

(١) حاشية الدسوقي : ١٥/٣ ، المهذب : ٢٦٣/١ ، ٢٦٦ ، مغني المحتاج : ١٦/٢ ، المغني : ٢٠٩/٤ ، ٢٣٤ ، غاية المنتهى : ١١/٢ ، المحلى : ٤٩٧/٨ ومابعدها .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير : ١٠٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٦٩ ، المنتقى على الموطأ : ٢٩٨/٤ ، وأجاز الظاهرية تأجيل الثمن إلى الميسرة (المحلى : ٤٧٧/٨ ومابعدها) .

(٣) الغرر وأثره في العقود : ص٣٩ ، الفروق للقرافي المالكي : ٢٦٥/٣ ، تهذيب الفروق بهامشه : ٢٧٠/٣ ومابعدها .

٢ ـ البيع المعلق على شرط والبيع المضاف :

البيع المعلق على شرط أو العقد المعلق عموماً : هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر ممكن الحصول بإحدى أدوات التعليق نحو إن وإذا ومتى ونحوها . مثاله : أن يقول شخص لآخر : بعتك داري هذه بكذا إن باع لي فلان داره ، أو إن جاء والدي من السفر مثلاً .

والبيع المضاف أو العقد المضاف عموماً : هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل ، كأن يقول شخص لغيره : بعتك هذه السيارة بكذا من أول الشهر القادم .

والفرق بين هذين النوعين عند الحنفية : أن العقد المعلق لا يعد موجوداً ولا ينعقد سبباً في الحال ، وإنما هو معلق على وجود الشرط ، والشرط قد يوجد وقد لا يوجد .

وأما العقد المضاف فهو عقد تام يترتب عليه حكمه وآثاره إلا أن هذه الآثار يتأخر سريانها إلى الوقت الذي عينه العاقدان لها .

حكمها : اتفق الفقهاء على عدم صحة البيع المعلق أو المضاف ، لكن يسمى ذلك فاسداً في اصطلاح الحنفية ، وعند غيرهم هو باطل .

وعلى هذا ، فلا يصح تعليق البيع ولا إضافته إلى زمن في المستقبل لأنه من عقود التمليكات للحال ، وهي لا تقبل الإضافة للمستقبل ، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من المقامرة أي التعليق بالخطر .

وبه يظهر أن علة فساد هذين النوعين من البيوع هو ما تشتمل عليه من الغرر ، إذ لا يدري العاقدان في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه ، أو لا يحصل ، كما لا يدريان متى يحصل . وفي البيع المضاف لا يدري العاقدان كيف يكون المبيع في

المستقبل ، وكيف يكون رضاهما بالعقد ومصلحتهما فيه عند ترتب أثر البيع عليه[1] .

٣ـ بيع العين الغائبة أو غير المرئية :

العين الغائبة : هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع ، ولكنها غير مرئية .

قال الحنفية : يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف ، فإذا رآها المشتري كان له الخيار : فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة يثبت فيه خيار الرؤية ، وإن جاء على الصفة التي عينها البائع كأن يشتري فرساً مجللاً « مغطى » أو متاعاً في صندوق أو مقداراً من الحنطة في هذا البيت .

ودليلهم على صحة البيع في الحالتين : أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية ، فلا غرر عليه ، فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً ، ما دام للمشتري الخيار[2] .

واستدلوا أيضاً بحديث « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه »[3] .

وقال المالكية : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض . فإذا جاء على الصفة المذكورة كان البيع لازماً ، إذ أن هذا من الغرر اليسير ، والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع ، أو المشقة التي تحصل في إظهاره ، وما قد يلحقه من الفساد بتكرار الظهور والنشر مثلاً ، وإن خالف الصفة المتفق عليها فللمشتري الخيار . وكذلك أجاز المالكية في المشهور عندهم بيع الغائب بلا

---

(١) انظر رد المحتار والدر المختار : ٢٤٤/٤ ، الفروق للقرافي : ٢٢٩/١ ، المجموع للنووي : ٣٧٤/٩ ، المهذب : ٢٦٦/١ ، المغني : ٥٩٩/٥ ، الأموال ونظرية العقد للمرحوم محمد يوسف موسى : ص٤٥١ ومابعدها ، الغرر وأثره في العقود للزميل صديق الأمين : ص١٣٧ ـ ١٤٩ .

(٢) البدائع : ١٦٣/٥ ، فتح القدير : ١٣٧/٥ .

(٣) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة . والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي في سننيها عن مكحول ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه (انظر نصب الراية : ٩/٤ ، المقاصد الحسنة : ص٤٠٣) .

وصف لنوعه وجنسه بشرطين : أن يذكر الخيار للمشتري إذا رأى المبيع ، وألا يدفع المشتري الثمن للبائع[1] . ويسمى هذا البيع عند المالكية : البيع على البَرْنامِج أو البرامج[2] .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم وفي قول عند الإباضية : لا يصح مطلقاً بيع الغائب وهو مالم يره المتعاقدان ، أو أحدهما ، وإن كان المبيع حاضراً ، لما فيه من الغرر، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير، وكذا ماعرف جنسه أو نوعه ، مثل بعتك فرسي العربي ، لا يصح بيعه في المذهب الجديد لوجود الغرر فيه بسبب الجهل بصفة المبّيع ، كما لا يصح السلم مع جهالة صفة المسلم فيه ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر.

وأما حديث خيار الرؤية : « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي . وقال الدار قطني عنه : إنه باطل لا يصح ، لم يروه غيره[3] .

---

(١) بداية المجتهد : ١٥٤/٢ ، الشرح الكبير : ٢٥/٣ ومابعدها ، الشرح الصغير : ٤١/٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٥٦ . هذا وقد ذكر المالكية خمسة شروط للزوم البيع على الصفة : وهي ألا يكون المبيع بعيداً جداً كالأندلس وإفريقية أي بحيث يظن تغيره قبل قبضه ، وألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد ، (والراجح أن الحاضر في مجلس العقد لابد من رؤيته إلا لضرر، وغير الحاضر في مجلس العقد يجوز بيعه على الصفة) وأن يصفه غير البائع عند بعضهم (والأصح أنه يصح بوصف البائع) ، وأن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها ، وألا ينقد ثمنه بشرط إلا فيما يؤمن تغيره كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط أي ألا يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد ، ويدفعه المشتري له بناء على ذلك الشرط ، أما إذا دفع له الثمن تطوعاً من غير شرط فيجوز . وهذا الشرط الأخير خاص بالعين غير المأمونة التغير ، أما المأمونة التي لا يسرع إليها التغير كالعقار فيجوز اشتراط النقد فيها . والسبب في هذا الشرط هو ألا يكون العقد مشتملاً على الغرر بأن يتردد بين اعتباره سلماً أو بيعاً .

(٢) البرنامج : الورقة المكتوب فيها مافي الوعاء : العدل أو الظرف (راجع الموطأ : ١٦٠/٢) .

(٣) المهذب : ٢٦٣/١ ، المجموع : ٣١٥/٩ ، مُغني المحتاج : ١٨/٢ ، شرح النيل : ١٤٣/٤ .

وقال الحنابلة في أظهر الروايتين عندهم : إن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، فإن صححناه بحسب الرواية الأخرى ، فيثبت الخيار للبائع والمشتري عند الرؤية . ودليل الرواية الأولى أنه ﷺ نهى عن بيع الغرر.

أما إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب ، وعن أحمد : لا يصح حتى يراه ؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه .

استدلوا على ظاهر المذهب : بأنه بيع بالصفة فصح كالسلم ، ولا يقال بأنه لا تحصل به معرفة المبيع ، فإن تلك المعرفة تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم[1] .

والخلاصة : أن الحنفية والمالكية ، والحنابلة في الأظهر ، والظاهرية ، والزيدية والإمامية ، وفي قول عند الإباضية : يجيزون بيع العين الغائبة على الصفة[2] . أما بيعها بغير رؤية ولا وصف فقد أجازه الحنفية والمالكية على الراجح عندهم .

بيع ما يكمن في الأرض أو بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر : قد تكون مع رؤية المبيع مشقة أو ضرر مثل بيع الأطعمة المحفوظة ونحوها من الأدوية والسوائل والغازات التي لا تفتح إلا عند الاستعمال ، ومثله بيع المغيب في الأرض كالجزر واللفت والبطاطا ، فإن الحنفية أجازوه كإجازة بيع العين الغائبة ، كما أجازه المالكية ؛ لأن المبيع معلوم بالعادة ، والغرر فيه يسير ، وأبطله الشافعية والحنابلة والظاهرية[3] إذ لا يمكن وصفه ، فيتحقق فيه الغرر والجهالة المنهي عنهما .

---

(١) المغني : ٥٨٠/٣ ـ ٥٨٢ ، غاية المنتهى : ١٠/٢ .

(٢) المحلى : ٣٨٩/٨ ، الروض النضير : ٢٥٩/٣ ، المختصر النافع : ص١٤٥ ، شرح النيل : ١٣٧/٤ .

(٣) الدر المختار : ١٠٦/٤ ، بداية المجتهد : ١٥٦/٢ ، المجموع : ٣٣٨/٩ ، المغني : ٩١/٤ ، المحلى : ٤٥٦/٨ ، البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع : ص٦٧ .

٤ ـ بيع الأعمى وشراؤه :

هذا النوع مفرع على شرط رؤية المبيع على الخلاف السابق في بيع الغائب .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة : يصح بيع الأعمى وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ، ويثبت له الخيار بما يفيد معرفته بالمبيع كالجس والشم والذوق فيما يعرف بذلك ، وكالوصف في الثمار على رؤوس الأشجار والدور والعقارات . ودليلهم حديث : « إنما البيع عن تراض »[١] وقد رضي الأعمى بالبيع ، وأنه يمكنه الاطلاع على المقصود ومعرفته ، فأشبه بيع البصير ، ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه[٢] .

إلا أن الحنفية كما هو معلوم لا يثبتون خيار الرؤية للبائع سواء أكان بصيراً أم أعمى .

وقال الشافعية : لا يصح بيع الأعمى وشراؤه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير كالحديد ونحوه ، ودليلهم قصور الأعمى عن إدراك الجيد والرديء ، فيكون محل العقد بالنسبة له مجهولاً[٣] .

٥ ـ البيع بالثمن المحرّم :

إذا كان البيع بثمن محرم كالخمر والخنزير : يكون فاسداً عند الحنفية لوجود حقيقة البيع : وهي مبادلة المال بالمال ، فإن الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض الكفار ، وهما وإن كانا مالين عند الحنفية ، إلا أنهما ليسا بمتقومين شرعاً ، والقاعدة المقررة في هذا الشأن : أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماوي ، فالبيع باطل

---

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري ، وقد سبق تخريجه .

(٢) مختصر الطحاوي : ص٨٣ ، البدائع : ١٦٤/٥ ، ٢٩٨ ، حاشية الدسوقي : ٢٤/٣ ، المغني : ص٢١٠ ، غاية المنتهى : ١٠/٢ .

(٣) المهذب : ٢٦٤/١ .

سواء أكان مبيعاً أم ثمناً ، فبيع الميتة والدم والإنسان الحر باطل ، وكذا البيع به وهو الصحيح عند الحنفية ؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً ، وكون الثمن مالاً في الجملة شرط من شروط الانعقاد .

وإن كان العوض في بعض الأديان مالاً دون بعض : فإن أمكن اعتباره ثمناً ، فالبيع فاسد ، فبيع الثوب بالخمر أو الخمر بالثوب فاسد ، وإن تعين كونه مبيعاً ، فالبيع باطل ، فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل .

وعلى هذا : إذا كان الثمن محرَّماً : ينعقد البيع بالقيمة[1] ومن الواضح أن هذا البيع عند غير الحنفية يقع باطلاً .

٦ ـ البيع نسيئة ثم الشراء نقداً ـ بيوع الآجال :

إذا اتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، فهل ينعقد العقد لوجود أركانه من الايجاب والقبول أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع ؟ وذلك مثل[2] أن يبيع الشخص مالاً إلى آخر بثمن مؤجل ، ثم يشتريه منه بثمن عاجل كأن يبيع مائة قنطار من القطن بخمسة آلاف ليرة لا تقبض إلا بعد سنة ، ثم يشتريها البائع من المشتري بأربعة آلاف يدفعها إليه فوراً ، فقد حصل ههنا عقدا بيع : كلاهما ظاهره الصحة لاشتماله على أركان العقد وشروطه . فمثل هذه البيوع تسمى عند المالكية « بيوع الآجال » لاشتمالها دائماً على الأجل ، وقد تسمى هذه البيوع عند بعض العلماء « بيوع العينة » وهي في الحقيقة نوع من بيوع الآجال التي يقصد منها التحيل على الربا ، والوصول إلى ما هو ممنوع شرعاً ، ومع ذلك اختلف العلماء في حكم بيع الأجل ، علماً بأن المالكية فرقوا بين النوعين ،فقالوا : بيوع الآجال : هي بيع المشتري ما اشتراه

---

(١) فتح القدير مع العناية : ١٨٦/٥ ، البدائع : ١٤١/٥ ، ٣٠٥ ، رد المحتار : ١٠٥/٤ ، ١٠٨ .

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير : ٧٦/٣ ، الشرح الصغير : ٣ / ١١٦ ، ١٢٨ .

لبائعه أو لوكيله ، لأجل . وبيع العينة : أن يقول شخص لآخر : اشتر سلعة بعشرة نقداً ، وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل .

فقال الشافعية والظاهرية : يصح هذا العقد لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ، ويترك أمر النية لله وحده يعاقب صاحبها عليها .

وقال المالكية والحنابلة : العقد باطل متى قام الدليل على وجود قصد آثم سداً للذريعة . وتطبيقات هذا الخلاف تظهر في زواج المحلل وبيع العينة وبيع العنب لعاصر الخمر[1] .

وأما أبو حنيفة فيحكم في الظاهر بصحة زواج المحلِّل ، وبيع العنب لعاصره خمراً ، مالم يصرح في العقد بشرط يخل به ، ويجعل بيع العينة فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث .

بيع العينة :

هو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا ، بأن يبيع رجل شيئاً بثمن نسيئة أو لم يقبض ، ثم يشتريه في الحال ، وسمي بالعينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً ، وعكسها مثلها . مثاله : أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل معلوم ، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر ، أو نقداً بثمن أقل ، وفي نهاية الأجل الذي حدد في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذي يبيع بيعاً صورياً ، مثل أن يبيع شخص لآخر ثوباً باثنتي عشرة ليرة مؤجلاً دفعها إلى شهر مثلاً ، ثم يبيع المشتري هذا الثوب نفسه ـ قبل أو بعد تسلمه ـ إلى بائعه الأول بعشر ليرات تدفع حالاً إلى المشتري ، وفي نهاية الأجل المحدد لدفع الثمن في العقد الأول يدفع المشتري كامل الثمن وهو « ١٢ » ل.س ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب الثوب الذي بيع بيعاً صورياً ، والعملية كلها للتحايل على الإقراض بالربا عن طريق البيع والشراء .

وقد يوسط المتعاقدان بينهما شخصاً ثالثاً يشتري العين بثمن حال من مريد

(١) الأموال ونظرية العقد : ص٢٩٧ ومابعدها ، أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السميع : ص١٠٢ .

الاقتراض ، بعد أن اشتراها هذا من مالكها المقرض ، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به ، فيكون الفرق ربا له .

اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني ، مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري .

فقال أبو حنيفة : هو عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض ، كما مثلنا ، إلا أنه يلاحظ أن أبا حنيفة خالف أصله السابق الذكر الذي يقتضي القول بصحة هذا العقد[1] وذلك استحساناً بنص الحديث الذي سيأتي في قصة زيد بن أرقم ، ولأن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول ، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه ، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه بعد ، فيكون البيع الثاني فاسداً .

وقال أبو يوسف : هذا البيع صحيح بلا كراهة . وقال محمد : إنه صحيح مع الكراهة ، حتى إنه قال : « هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »[2] .

وقال الشافعي وداود الظاهري : هذا العقد صحيح مع الكراهة لتوافر ركنه وهو الايجاب والقبول الصحيحان ، ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لا نعرفها لعدم وجود ما يدل عليها[3] أي أن القصد الآثم مرجعه إلى الله ، والحكم على ظاهر العقد شيء آخر . لذا فإنه يحمل العقد على عدم التهمة .

---

(١) وهو أن المعتبر في العقود : هو الألفاظ دون النيات ، لأن نية الغرض غير المباح شرعاً مستترة ، فيترك أمرها إلى الله وحده يعاقب عليها صاحبها ، مادام أثم بنيته ، وهذا بخلاف مذهب الإمام أحمد الذي يتشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ (انظر أعلام الموقعين ١٠٦/١ ومابعدها ، ونظرية العقد لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة : ص٢١٥) .

(٢) فتح القدير : ٢٠٧/٥ ومابعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٢٥٥/٤ ، ٢٩١ ، الأموال ونظرية العقد : ص٣٠١ .

(٣) الميزان : ٧٠/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص٢١٧ ، القوانين الفقهية : ص٢٧١ .

وقال المالكية والحنابلة : إن هذا العقد يقع باطلاً[1] سداً للذرائع كما سنبين ، ولما روي من قصة زيد بن أرقم مع السيدة عائشة رضي الله عنها : وهي أن العالية بنت أيفع قالت : دخلت وأنا أم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : « إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمائة درهم « أي حالّة » فقالت عائشة : بئسما شريت وبئسما اشتريت ، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب »[2] وقال ﷺ : « إذا ضن الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة ، واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم »[3] .

واستدلوا من جهة المعقول بالقياس على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل منها هي الباعثة على عقدها ، لأنه المحصل لها .

والخلاصة : أن جمهور الفقهاء غير الشافعية : قالوا بفساد هذا البيع وعدم صحته ؛ لأنه ذريعة إلى الربا ، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهى الله عنه ، فلا يصح .

غير أن الشافعي قال عن الحديث الأول : « لا يثبت ، وأيضاً فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس » .

---

(١) بداية المجتهد : ١٤٠/٢ ومابعدها ، حاشية الدسوقي : ٩١/٣ ، الحطاب : ٤٠٤/٤ ، القوانين الفقهية : ص٢٥٨ ، ٢٧١ ومابعدها ، الشرح الصغير : ١٣٠/٣ . المغني : ١٧٥/٤ ومابعدها ، نيل الأوطار : ٢٠٦/٥ ، الموافقات للشاطبي : ٣٦١/٢ ، الفروق للقرافي : ٢٦٦/٣ ومابعدها ، الوسيط في أصول الفقه لنا : ص٤٩٣ . هذا وقد أبطل الحنابلة العقد الأول حيث كان وسيلة للثاني . وقالوا : إن تغيرت صفة الشيء المشترى بما ينقصها أو يزيدها ، أو اشتراها من غير مشتريها أو بمثل الثمن أو بنقد آخر ، صح البيع ، وكذا لو اشتراها أبوه أو ابنه أو غلامه ونحوها مالم يكن حيلة ، فلا يصح (غاية المنتهى : ٢٠/٢) .

(٢) هذا الحديث رواه الدارقطني عن يونس بن إسحق عن أمه العالية عن أم مُحبة عن عائشة . روي عن الشافعي أنه لايصح ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ، قال في التنقيح : إسناده جيد ، وإن كان الشافعي لايثبت مثله عن عائشة ، وكذلك الدارقطني قال في العالية : هي مجهولة لايحتج بها (انظر جامع الأصول : ٤٧٨/١) .

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر وأخرجه أيضا الطبراني وابن القطان وصححه ، قال الذهبي : إن هذا الحديث من مناكير عطاء الخراساني (نيل الأوطار : ٢٠٦/٥) .

ويلاحظ أن الشافعية والظاهرية اعتمدوا على ظاهر عقد المتبايعين، فحكموا بصحته عملاً بمقتضى آية: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وهذا مردود، لأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تقم قرينة تفيد غيره، وههنا قرينة العرف المعهود، وغلبة قصد الناس إلى المحرم، والشيء المتعارف ينزل منزلة الشرط المنصوص، فكان ذلك من أقوى القرائن التي يجب العمل بها؛ لأنها تجعل الظاهر من أمر البائعين هو التذرع إلى المحرم، فإبطال بيعهما هو مقتضى الظاهر[1].

٧- بيع العنب لعاصر الخمر:

ويتفرع أيضاً على القاعدة السابقة في أوائل بحث البيع السابق: الخلاف في بيع العنب لمن يعرف أنه يعصره خمراً، كما قلنا. ونذكر هنا خلاف العلماء فيه.

فقال أبو حنيفة والشافعي: يصح في الظاهر مع الكراهة بيع العنب لعاصر الخمر، وبيع السلاح لمن يقاتل به المسلمين، لعدم تحققنا أنه يتمكن من اتخاذه خمراً أو يقاتل بالسلاح المسلمين، ويؤاخذ الإنسان على مقاصده. أما الوسائل فقد يحال بين الإنسان وبينها، والمحرم في البيع هو الاعتقاد الفاسد، دون العقد نفسه، فلم يمنع صحة العقد، كما لو دلس العيب[2] أي أن الحكم على العقد بظاهره شيء، والدافع إليه شيء آخر.

وقال المالكية والحنابلة: بيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل، وكذا بيع السلاح لأهل الحرب أو لأهل الفتنة، أو لقطاع الطرق، سداً للذرائع؛ لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام، ولو بالقصد، ولقوله تعالى: ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾

---

(١) أصول البيوع الممنوعة: ص١٠٥.

(٢) المهذب: ٢٦٧/١، تكملة فتح القدير: ١٢٧/٨، مختصر الطحاوي ص٢٨٠: ٦٧/٢.

وهذا نهي يقتضي التحريم ، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل[1] .

٨ـ البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد :

لقد ثبت عن النبي ﷺ النهي عن بيعتين وعن شرطن في بيع ، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل سلف و بيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يَضْمن ، ولا بيع ما ليس عندك »[2] .

واختلف في تفسير البيعتين في بيعة : فقال الشافعي : « له تأويلان : أحدهما ـ أن يقول : بعتك بألفين نسيئة ، وبألف نقداً ، فأيهما شئت أخذت به ، على أن البيع قد لزم في أحدهما وهذا بيع فاسد « أي باطل » لأنه إبهام وتعليق . والثاني ـ أن يقول : « بعتك منزلي على أن تبيعني فرسك » .

وحكمة منع صورة الصفقة الأولى هو اشتمالها على غرر بسبب الجهل بمقدار الثمن ، فإن المشتري لا يدري وقت تمام العقد هل الثمن عشرة مثلاً أو خمسة عشر .

ومن الحكمة في تحريم العقد الثاني منع استغلال حاجات الآخرين ، وذلك في حالة كون المشتري مضطراً إلى شراء شيء ، فيكون اشتراط البائع عليه في شراء شيء منه من قبيل الاستغلال مما يؤدي إلى فوات حقيقة الرضا في هذا العقد ، ثم إن فيه غرراً أيضاً لا يدري البائع هل يتم البيع الثاني أوَ لا .

واختلف في تفسير الشرطين في بيع : فقيل : هو أن يقول : بعت هذا نقداً بكذا ،

---

(١) المغني : ٢٢٢/٤ وما بعدها ، الموافقات للشاطبي : ٣٦١/٢ .

(٢) أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه ، ورواه أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص) قال الترمذي : « حديث حسن صحيح » واختصره ابن ماجه ، فذكر منه : « ربح مالم يضمن ، وبيع ماليس عندك » فقط . والمراد بربح مالم يضمن : أنه لا يجوز أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها ، مثل : أن يشتري سلعة ويبيعها إلى آخر قبل قبضها من البائع الأول ، فهذا البيع باطل ، وربحه لا يجوز ، لأن المبيع في ضمان البائع الأول ، وليس في ضمان المشتري (انظر نصب الراية : ١٨/٤ ، نيل الأوطار : ١٧٩/٥) .

وبكذا نسيئة . وقيل : هو أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة ولا يهبها . وقيل : هو أن يقول : « بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيعني السلعة الفلانية بكذا »[1] .

وبهذا يظهر أن البيعتين في بيعة والشرطين في بيع واحد بمعنى واحد . وقد اختلف العلماء في حكمه .

فقال الحنفية : البيع فاسد ؛ لأن الثمن مجهول ، لما فيه من تعليق وإبهام دون أن يستقر الثمن على شيء : هل حالاً أو مؤجلاً . فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين ، صح العقد[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : إن هذا العقد باطل ؛ لأنه من بيوع الغرر بسبب الجهالة ، لأنه لم يجزم البائع ببيع واحد ، فأشبه مالو قال : بعتك هذا أو هذا ، ولأن الثمن مجهول ، فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم ، فلم يصح كما لو قال : بعتك أحد منازلي[3] .

وقال مالك : يصح هذا البيع ، ويكون من باب الخيار ، فيذهب العقد على إحدى الحالتين ، وهو محمول على أنه جرى بينهما بعدئذ ما يجري في العقد ، فكأن المشتري قال : أنا آخذه بالنسيئة بكذا ، فقال : خذه ، أو قد رضيت ، ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً[4] .

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٣٦/٥ ، نيل الأوطار : ١٥١/٥ وما بعدها ، سبل السلام : ١٦/٣ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٥٨/٥ ، رد المحتار : ٣٠/٤ .

(٣) المهذب : ٢٦٧/١ ، مغني المحتاج : ٣١/٢ ، المغني : ٢٣٤/٤ .

(٤) بداية المجتهد : ١٥٣/٢ ، المنتقى على الموطأ : ٣٧/٥ . قال ابن جزي في القوانين : ص٢٥٧ : « البيعتان في بيعة : هو أن يبيع مثموناً واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مثمونين بثمن واحد ، فالأول أن يقول : بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني : أن يقول : بعتك أحد هذين الثوبين بكذا على أن البيع قد لزم في أحدهما » وقد عدَّ ابن جزي هذا النوع من أنواع بيوع الغرر العشرة الممنوعة .

٩ـ بيع الأتباع والأوصاف مقصوداً :

إذا كان الشيء تبعاً لغيره ، فبيع مستقلاً عنه كبيع الألية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوهما ، وكبيع ذراع من ثوب ، فقال الحنفية : إن بيع اللحم في الشاة الحية ، أو الشحم الذي فيها ، أو أليتها ، أو أكارعها ، أو رأسها : كل هذا باطل لا ينعقد ؛ لأنه بيع لمعدوم ؛ لأن اللحم لا يصير لحماً إلا بالذبح والسلخ .

ومثله بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، أو بيع قطعة جوخ ، فإذا هي قطن ، لا ينعقد البيع لأن المبيع معدوم .

وأما بيع ذراع من ثوب : فإن كان يضره التبعيض ، كالثوب المهيأ للبس ، نحو القميص : كان العقد فاسداً ، لأن المبيع تبع لغيره ، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد يلحق بالبائع ، وهو قطع الثوب .

وكذا بيع جذع من سقف أو آجر من حائط يكون العقد فاسداً . فإن قطع البائع الذراع من الثوب أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري العقد ، وسلمه إلى المشتري : يعود العقد صحيحاً ، لزوال المفسد قبل نقض البيع ، فلو فعل ذلك بعد الفسخ : لا يجوز .

وإن كان المبيع لا يضره التبعيض مثل بيع قفيز من صبرة أو بيع عشرة دراهم من نُقرة[1] ونحوها ، جاز البيع ، لأنه ليس في التبعيض ضرر ، وليس المبيع تبعاً لغيره أيضاً[2] .

١٠ ـ بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض ؛ لأن النبي ﷺ نهى

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة .

(٢) فتح القدير : ١٩٣/٤ ، البدائع : ١٣٩/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ١١٤/٤ .

عن بيع مالم يقبض[1] والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، أي أنه يحتمل الهلاك فلا يدري المشتري هل يبقى المبيع أو يهلك قبل القبض ، فيبطل البيع الأول و ينفسخ الثاني ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر[2] .

وأما العقار ، كالأراضي والدور ، فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، استدلالاً بعمومات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر واحد ، ولا غرر في العقار إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ولا يخاف تغيره غالباً بعد وقوع البيع ، وقبل القبض ، أي أن تلف العقار غير محتمل فلا يتقرر الغرر[3] .
والخلاصة : أن العلة عند الحنفية في عدم جواز بيع الشيء قبل قبضه هي الغرر .

وقال المالكية : لا يجوز بيع الطعام[4] قبل القبض ربوياً كان أو غير ربوي ، لحديث ابن عباس وابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه »[5] وأما ما سوى ذلك أو بيع الطعام جزافاً فيجوز بيعه قبل قبضه لغلبة تغير الطعام ، بخلاف ما سواه ، وأخذاً بمفهوم الحديث السابق[6] .

والعلة في منع بيع الطعام قبل قبضه عند المالكية : هي أنه قد يتخذ البيع ذريعة للتوصل إلى ربا النسيئة ، فهو شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، فيحرم سداً للذرائع .

---

(١) فيه أحاديث منها ما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن زيد بن ثابت قال له : إن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع ، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم (وقد سبق ذكر بعض رواياته) .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وقد سبق تخريجه .

(٣) المبسوط : ٨/١٣ وما بعدها ، البدائع : ٢٣٤/٥ ، فتح القدير : ٢٦٤/٥ ، مختصر الطحاوي : ص٨٤ .

(٤) الطعام عندهم يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأدم بجميع أنواعها كالزيت والعسل ونحوها .

(٥) حديث ابن عباس رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ، وحديث ابن عمر رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (انظر جامع الأصول : ٣٨٣/١ ، مجمع الزوائد : ٩٨/٤ ، نيل الأوطار : ١٥٨/٥) .

(٦) بداية المجتهد : ١٤٢/٢ وما بعدها ، المنتقى على الموطأ : ٢٧٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص٢٥٨ ، ط فاس .

وقال الحنابلة : لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً (أي المقدرات) ، لسهولة قبض المكيل والموزون والمعدود عادة ، فلا يتعذر عليه القبض ، واستدلالاً بمفهوم حديث الطعام السابق ، فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة البيع فيما سواه ، ولم يصح غيره من الأحاديث . واشتراط الكيل أو الوزن أو العدد ، لأن المكيل والموزون والمعدود لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن أو العدد ، وقد نهى الرسول عليه السلام عن بيع مالم يضمن ، فالعلة في منع هذا البيع عند الحنابلة هي الغرر كالحنفية .

وأما ما عدا المكيل والموزون والمعدود أي غير المقدرات ، فيصح بيعه قبل قبضه[1] .

وقال الشافعي ومحمد بن الحسن وزفر : لا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه مطلقاً قبل قبضه ، عقاراً كان أو منقولاً ، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض ، روى أحمد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه ، قال : قلت : « يا رسول الله ، إني أشتري بيوعاً ، فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » وقال ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا ربح مالم يضمن[2] ولا بيع ماليس عندك » وهذا من باب بيع مالم يضمن .

واستدلوا من طريق المعقول : وهو أنه بيع باطل لعدم القدرة على تسليم المبيع ، ولأن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه ربما هلك ، فانفسخ العقد ، وفيه غرر من غير حاجة ، فلم يجز[3] . فالعلة في منع البيع عند الشافعية هي الغرر كالحنفية .

ونحن نرجح أن الحكمة في النهي أصلاً عن بيع مالم يقبض : هي أن هذا البيع

---

(١) المغني : ١١٠/٤ ، ١١٣ وما بعدها .

(٢) قيل : معناه مالم يقبض ، لأن السلعة قبل تلفها ليست في ضمان المشتري ، إذا تلفت ، من مال البائع ، وقد سبق تخريج هذا الحديث وشرح « مالم يضمن » .

(٣) المهذب : ٢٦٤/١ ، الميزان : ٦٦/٢ ، مغني المحتاج : ٦٨/٢ .

يشبه الربا إذ أن المشتري إذا دفع دراهمه إلى البائع في سلعة ، ثم عمد إليها ، فباعها قبل أن يقبضها ، فكأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً بمجرد دفعها إلى البائع دون القيام بعمل ما ، وهذا شبيه بالربا[1] ، ثم إن في هذا البيع غرراً ناشئاً عن عدم القدرة على التسليم . وبه تكون علة النهي عن بيع الشيء قبل قبضه هو مجموع ما ذكره فقهاء المذاهب .

١١ ـ اشتراط الأجل في المبيع المعين والثمن المعين : إذا اشترط الأجل لتسليم المبيع المعين أو الثمن المعين ، كان البيع فاسداً عند الحنفية ؛ لأن الأصل وجوب التسليم حال العقد ، بسبب أن البيع عقد معاوضة : تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد ، فيوجب فساد العقد .

ولكن يجوز التأجيل في المبيع المؤجل وهو السلم ، بل لا يجوز بدون الأجل عند الحنفية ، وكذا يجوز التأجيل في الثمن الثابت ديناً في الذمة إن كان الأجل معلوماً ، لأن التأجيل يلائم الديون ، ولا يلائم الأعيان لمساس حاجة الناس إليه في الديون ، لا في الأعيان ، وذلك لتمكين صاحب الأجل من اكتساب الثمن في المدة المعينة ، ولا حاجة لهذا في الأعيان[2] .

١٢ ـ البيع بشرط فاسد :

لإيضاحه نبين أنواع الشروط في البيوع :

الشروط في المبايعات ثلاثة أنواع :

شرط صحيح ، وشرط فاسد ، وشرط لغو باطل[3] .

---

(١) أصول البيوع الممنوعة : ص٦٤ .

(٢) البدائع : ١٧٤/٥ ، رد المحتار : ٢٣/٥ .

(٣) انظر البدائع : ١٦٨/٥ ـ ١٧٢ ، المبسوط : ١٣/١٣ ـ ١٨ ، فتح القدير : ٢١٤/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ١٢٦/٤ وما بعدها ، عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ٢٧ .

آ ـ **الشرط الصحيح :** أي « المعتبر الملزم للمتعاقدين » أربعة أقسام :

١ ـ ما يقتضيه العقد : كأن يشتري شخص شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع ، أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، أو بشرط أن يحبس البائع المبيع حتى أداء جميع الثمن ، فهذه شروط تبين مقتضى العقد ، لأن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم ، وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات[1] .

٢ ـ ما ورد الشرع بجوازه : كشرط الأجل والخيار لأحد المتعاقدين ، فقد أثبت الشرع في وقائع عن النبي عليه الصلاة والسلام جواز التأجيل لمدة معلومة لحاجة الناس إليه ، لما فيه من المصلحة ، كما ثبت في الشرع جواز خيار الشرط في إمضاء البيع أو رده خلال مدة معلومة ، وهو قوله عليه السلام لحبَّان بن مُنْقِذ : « إذا بايعت فقل : لا خلابة ، وليَ الخيار ثلاثة أيام »[2] على ما سيأتي في الخيارات ، وهذا مقتضى الاستحسان . وأما مقتضى القياس فالشرط فاسد ، لكونه مخالفاً لمقتضى العقد : وهو ثبوت الملك في العوضين معاً في الحال .

٣ ـ ما يلائم مقتضى العقد ، كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين بالثمن ، فإن الكفالة والرهن : استيثاق بالثمن ، فيلائم البيع ويؤيد التسليم .

وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل[3] لأن الكفيل أو الرهن إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً ، ثم هل الحوالة مثل الكفالة والرهن ؟

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ .

(٢) هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عمر بلفظ « بع ، وقل : لا خلابة » وفي لفظ عند البيهقي « إذا بايعت فقل : لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد » ورواه أيضاً البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والموطأ بلفظ « من بايعت فقل : لا خلابة » أي لا خديعة أي لا يحل لك خديعتي أو لا تلزمني خديعتك (انظر نصب الراية : ٦/٤ ، جامع الأصول : ٤١٤/١ ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٨٢/٢) .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ وما بعدها ، المبسوط : ١٨/١٣ .

إذا كان **الرهن والكفيل** مجهولين فسد البيع ، كأن يقول البائع : « أبيعك بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن » ولم يسم شيئاً ولا أشار إليه أو يقول : « بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن » ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان ؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ؛ إذ أن معنى التوثق والتأكد بالحصول على الثمن بالرهن أو الكفالة لا يحصل إلا بالتسليم ، وذلك لا يتحقق في المجهول .

فإن اتفق المتعاقدان على تعيين رهن في مجلس البيع ، جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن ، وقد زال ، فكأنه كان معلوماً معيناً من ابتداء الأمر ؛ لأن المجلس له حكم حالة واحدة .

وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ، ولكن المشتري نقد الثمن ، جاز البيع أيضاً ، لأن المقصود من الرهن ، هو الوصول إلى الثمن ، وقد حصل ، فسقط اعتبار الوثيقة .

وإن افترق المتعاقدان عن المجلس تقرر الفساد ؛ لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط في العقد ، فإذا لم يوجد الرهن لم يوجد القبول معنى .

وأما إذا كان **الرهن والكفالة** معلومين بالإشارة أو بالتسمية ، فالقياس : ألا يجوز البيع ، وبه أخذ زفر ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً .

وفي الاستحسان : يجوز وهو الصحيح عند جمهور الحنفية ؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة ، فهو موافق له معنى ، لأن الرهن والكفالة شرعاً توثيق للثمن ، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى ، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن .

ويلاحظ أن جواز البيع استحساناً حالة اشتراط الكفالة مقيد بما إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل ، أو كان غائباً ثم حضر في المجلس وقبل ، فكان كما لو قبل عند العقد ، لأن لمجلس العقد حكم العقد .

فأما إذا كان الكفيل غائباً ، أو حاضراً ولم يقبل ، أو قبل وهو غائب ، لم تصح الكفالة ؛ لأنه لم يحصل معنى التوثيق ، فبقي الحكم على أصل القياس ؛ لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل كان بسبب البيع ، فيصير الكفيل بمنزلة المشتري إذا اشترطت الكفالة في البيع ، ووجود المشتري في مجلس البيع شرط لصحة الايجاب من البائع ، فكذلك وجود الكفيل .

هذا بخلاف الرهن ، فلا يشترط وجود المرهون في مجلس البيع ؛ لأن تقديم الرهن يكون من المشتري ، والمشتري حاضر وقد التزم الرهن ، فالرهن صحيح .

وحينئذ إذا لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع لا يثبت حكم الرهن ؛ لأن ثبوت حكم الرهن متوقف على القبض ، كما هو معروف في باب الرهن ، فإن سلم الرهن تم العقد .

وإن امتنع المشتري عن تسليم الرهن يجبر عند زفر ؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقاً من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق عقد البيع ، فيجبر عليه .

ولا يجبر عند جمهور الحنفية على التسليم ؛ لأن الرهن عقد تبرع في الأصل ، واشتراطه في البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعاً ، والجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجبر عليه ، وحينئذ يقال للمشتري : « إما أن تدفع الرهن أو قيمته ، أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع » لأن البائع ما رضي بوجوب الثمن في ذمة المشتري ، إلا بوثيقة الرهن ، فإن لم يفعل المشتري شيئاً من المذكور ، فللبائع أن يفسخ البيع ، لأنه فات غرضه .

الحوالة : شرط الحوالة إما من البائع أو من المشتري :

فإن شرط البائع في البيع أن يحيله المشتري بالثمن على غريم من غرمائه « أي مدين له » فهذا على حالتين :

أ ـ إن أحال بجميع الثمن : فالبيع فاسد ، لأنه يصير بـائعـاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري ، وهو باطل ، لمخالفته لمقتضى العقد .

ب ـ وإن شرط عليه أن يحيل نصف الثمن على فلان ، فالبيع جائز إذا كان المحال عليه حاضراً وقبل الحوالة ، كما إذا باع شيئاً بـألف ليرة على أن يكون نصفـه على فلان وهو حاضر فقبل ، جـاز ، أو كان المحـال عليـه غـائبـاً ، ثم حضر في المجلس وقبل ، لأن لمجلس العقد حكم العقد .

وإن شرط المشتري في البيع شرطـاً هو « أن يحيل البـائـع على غريم من غرمـائـه بـالثمن ليـدفع لـه » أو بـاع البـائع شيئـاً بشرط « أن يضمن المشتري لغريم ـ دائن ـ من غرماء البائع الثمن » فالبيع فاسد[1] لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد ، بل هو شرط فيه منفعة العاقد ، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسـد في الأصل ، إلا إذا كان فيه تقرير موجَب العقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن ، وإسقاط لـه ، فلم يكن ملائماً للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن ، والضمان ليس بصفـة للثمن ، بل هو شرط فيه منفعة العاقد .

٤ ـ من الشروط الصحيحـة : مـا جرى بـه العرف : كشراء القفل على أن يسمّره البائع في الباب أو الحذاء على أن يخرزه البـائع أو يضع لـه نعلاً ، وكشراء السـاعـة أو الغسالة أو الثلاجة أو المذياع بشرط أن يصلحها البائع لمدة سنة مثلاً إذا أصابها خلل ، فيجوز البيع استحسانا ، والقياس ألا يجوز وهو قول زفر .

وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعـة لأحـد العـاقـدين ، وأنه مفسد ، كما إذا اشترى قماشاً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ، ونحوه .

ووجـه الاستحسـان : أن النـاس تعـاملـوا هـذا الشرط في البيـع ، كما تعـاملـوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع .

---

(١) البدائع : ١٧٢/٥ .

ب ـ الشرط الفاسد : أو بتعبير أوضح : المفسد : وهو ما خرج عن الأقسام الأربعة السابقة أي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس ، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع ، أو قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً ، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً ، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهراً ، ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ونحوها .

فالبيع في هذا كله فاسد ؛ لأن زيادة منفعة مشروطة في العقد تكون ربا ؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع ، وهو تفسير الربا .

والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا ، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا[1] .

جـ ـ الشرط اللغو أو الباطل :

وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ، كأن يبيع شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه ، فالبيع جائز والشرط باطل على الصحيح عند الحنفية ؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد ، فلا يوجب الفساد ؛ لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا ، بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، ولم توجد المنفعة في هذا الشرط ، لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه ، لكنه لا يؤثر في العقد ، فيكون العقد جائزاً ، والشرط باطلاً[2] . ويلاحظ أن الحنفية اتفقوا على أنه لو ألحق المتعاقدان بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً كالخيار الصحيح في البيع البات ونحوه يلتحق به .

---

(١) البدائع : ١٦٩/٥ ، المبسوط : ١٥/١٣ ، ١٨ ، رد المحتار : ١٢٦/٤ ، فتح القدير : ٢١٤/٥ .

(٢) المبسوط ، ١٥/١٣ ، البدائع : ١٧٠/٥ ، فتح القدير : ١١١/٥ .

أما الشرط الفاسد : فقرانه بالعقد وإلحاقه به سواء عند أبي حنيفة ، حتى لو باع شخص بيعاً صحيحاً ، ثم ألحق به شيئاً من الشروط الفاسدة التي ذكرناها يلتحق بـه ، ويفسد العقد ؛ لأن اعتبار التصرف على الوجـه الـذي أوقعـه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً ، والمحل قابلاً للعقد .

وقـال الصـاحبـان : لا يلتحق بـه ولا يفسـد العقـد ويلغـو الشرط ؛ لأن إلحـاق الشرط الفـاسـد بـالعقـد يغير العقـد من الصحـة إلى الفسـاد ، فلا يصح فبقي العقـد صحيحاً ، كما كان ؛ لأن العقـد كلام لابقـاء لـه ، والالتحـاق بـالمعـدوم لايجوز ، فكان ينبغي ألا يصح الإلحاق أصلاً ، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه ، حتى صح قرانه بالعقد ، فيصح إلحاقه به[1] .

والأصح هو قول الصاحبين ، كما ذكر ابن عابدين نقلاً عن جامع الفصولين[2] .

حكم البيع وشرط عند غير الحنفية :

من المعلوم أن البيع غير الصحيح عند غير الحنفية لافرق في أن يسمى فـاسـداً أم بـاطلاً ، فـإذا لم يصح اقتران الشرط بـالبيع أبطلـه أو أفسـده ، والنتيجـة فيهما سواء . والبيع بشرط هو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا ، وقد اختلفوا في حكمه ، فقال الحنفية على التفصيل المذكور والشافعية عملاً بالحديث : البيع فاسد ، وقـال الحنـابلـة : البيع صحيح والشرط صحيح ، ولم يأخذوا بالحديث ، وفي مذهب المالكية تفصيل .

أما تفصيل **مذهب الشافعية** فهو ما يـأتي[3] : إذا شرط في البيع شرط فـإن كان شرطاً يقتضيه العقد كتسليم المبيع والرد بـالعيب ونحوهـا ، صح العقـد ، لأن الشرط المـذكور مبين لمـا يقتضيـه العقـد . وكـذلـك يكـون العقـد صحيحـاً إن شرط شرط

(١) البدائع : ١٧٦/٥ ، فتح القدير : ٢٢٧/٥ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار : ١٢٧/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٣١/٢ ، المهذب : ٢٦٨/١ ، ٢٦٥ .

لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة لأحد العاقدين كالخيار والأجل والرهن والضمان أو الكفالة؛ لأن الشرع ورد بجوازه؛ ولأن الحاجة تدعو إليه.

فإن شرط ماسواه من الشروط التي تنافي مقتضى البيع كأن اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع، أو لا يهبه، أو أن يبيعه شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال أو اشترط أن يسكن الدار مدة، أو اشترط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب الذي اشتراه منه، أو يحصد له الزرع الذي اشتراه منه، أو يحذو له قطعة الجلد التي اشتراها، ففي كل هذه الحالات يكون البيع باطلاً، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط[1].

وقال الحنابلة[2]: يبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد لأن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ماليس عندك»[3] والمراد بالشرطين: ماليسا من مصلحة العقد، كأن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله، فإن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيع جائز.

والشروط عندهم أربعة أقسام:

أحدها ـ ماهو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً معيناً، ولا يؤثر في العقد.

الثاني ـ ماتتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، كالأجل والخيار والرهن والضمين أي الكفيل، والشهادة على البيع، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع،

---

(١) رواه عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أبو حنيفة أيضاً.

(٢) المغني: ٢٢٤/٤ـ ٢٢٦، ٢٣٥، غاية المنتهى: ٢٣/٢ ومابعدها.

(٣) رواه أبو داود والترمذي من حديث عبد الله بن عمرو، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . قال ابن قدامة : ولانعلم في صحة هذين القسمين خلافاً .

الثالث ـ ماليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان :

١ً ـ اشتراط منفعة للبائع في المبيع ، فإن كان شرطاً واحداً فلا بأس به كاشتراط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب المشترى ، أو اشتراط حمل حزمة الحطب إلى موضع معلوم ، أو سكنى الدار مدة شهر مثلاً ، أو حملانه على الدابة إلى محل معين . والدليل على الجواز حديث جابر ، وهو أن النبي ﷺ اشترى من جابر بعيراً ، واشترط حُملانه عليه إلى أهله في المدينة[١] .

٢ً ـ أن يشترط عقد في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، للنهي عن بيعتين في بيعة .

الرابع ـ اشتراط ماينافي مقتضى البيع ، مثل أن يشترط ألا يبيع المبيع أو ألا يهبه ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، ففي هذا روايتان عن أحمد ، أصحهما أن البيع صحيح ، والشرط باطل .

وقال المالكية : في المذهب تفصيل[٢] :

فإن كان الشرط يقتضي منع المشتري من تصرف خاص أو عام ، فيبطل الشرط والبيع ، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع المبيع أو لا يهبه ، فلا يجوز لأنه من الثنيا[٣] وقد

---

(١) هذا معنى الحديث ، وقد أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر (راجع نيل الأوطار: ١٧٨/٥) .

(٢) راجع بداية المجتهد : ١٥٩/٢ ومابعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٥٩ ، الشرح الكبير للدردير: ٦٥/٣ .

(٣) الثنيا ـ بضم الثاء وسكون النون : الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئاً ويستثني بعضه ، فإن كان الذي استثناه معلوماً نحو أن يستثني واحدة من الأشجار، أو منزلاً من المنازل أو موضعاً معلوماً من الأرض، صح الاتفاق على البيع ، وإن كان مجهولاً نحو أن يستثني شيئاً غير معلوم لم يصح البيع .

نهى النبي ﷺ عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم ، فإن أسقط هذا الشرط عن المشتري ، جاز البيع[1] .

وإن اشترط البائع منفعة لنفسه كركوب الدابة ، أو سكنى الدار مدة معلومة يسيرة كشهر وقيل : سنة ، جاز البيع والشرط ، عملاً بحديث جابر الآنف الذكر .

وإن اشترط البائع شرطاً يعود بخلل في الثمن ، فيجوز البيع ويبطل الشرط مثل أن يشترط « إن لم يأته بالثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما » . فإن قال البائع للمشتري : « متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع » وهو المعروف ببيع الوفاء عند الحنفية ، لم يجز البيع .

١٣ـ بيع الثمار أو الزروع :

هذه الحالة تعرض كثيراً في الحياة العملية التجارية ، لهذا نفصل الكلام فيها :

أجمع العلماء على أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا ينعقد ؛ لأنه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة[2] .

وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه « نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة »

---

(١) رواه النسائي والترمذي وصححه عن جابر (نيل الأوطار: ١٥١/٥) .

(٢) النهي عن بيع مالم يخلق داخل تحت النهي عن بيع ماليس عند الإنسان ، وعن بيع حبل الحبلة ، وبيع الغرر ونحوها ، وقد سبق تخريج أحاديثها . وأما النهي عن بيع السنين والمعاومة فهو مروي بعدة ألفاظ عن جابر بن عبد الله عند البخاري ومسلم وأحمد وأبي داود والترمذي والنسائي ، ففي رواية للبخاري « نهى عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة » وفي رواية أخرى « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين » . معنى المحاقلة كما قال صاحب القاموس : هو بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، أو بيعه في سنبله ، أو المزارعة بالثلث أو الربع أو أقل أو أكثر ، أو اكتراء الأرض بالحنطة . والمزابنة كما في الصحيحين : بيع رطب النخل بكيل من التمر ، أو بيع العنب بالزبيب ، والمعاومة : هي بيع الشجر أعواماً كثيرة ، وقيل : هي اكتراء الأرض سنين ، وكذلك بيع السنين : هو أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد ؛ لأنه بيع غرر ، لكونه بيع مالم يوجد ، والمخابرة : كراء الأرض أي إجارتها بالثلث والربع (انظر جامع الأصول : ٤٠٣/١ ومابعدها ، نيل الأوطار : ١٧٥/٥ ، مجمع الزوائد : ١٠٤/٤) .

وهو بيع الشجر أعواماً ، لأنـه بيع المعـدوم ، وقـد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر ، والغرر كما عرفنا : هو ماانطوى عنه أمره ، وخفي عليه عـاقبتـه ، ونوع الغرر : هو أن المبيع مجهول الوجود قد يظهر وقد لا يظهر ، ومجهول المقدار إن وجد .

وأما بيع الثمار بعد القطع أو الصرام ، فلا خلاف في جوازه .

وأما بيع الثمار على الشجر أو بيع الزرع في الأرض بعـد أن يخلق ، فـاختلف فيـه العلمـاء : فقـال الحنفيـة : إمـا أن يكون البيع قبل بـدو الصلاح أو بعـد بـدو الصلاح بشرط القطع ، أو مطلقاً أو بشرط الترك .

أولاً ـ فإن كان البيع قبل بدو صلاح الزرع أو الثمر ، فهناك حالات :

١ً ـ إن كان بشرط القطع جاز ، ويجب القطع للحال ، إلا بإذن البائع .

٢ً ـ وإن كان البيع مطلقاً عن الشرط : جاز أيضاً عند الحنفية خلافـاً للشـافعي ومالك وأحمد ؛ لأن الترك ليس بمشروط نصاً ؛ إذ العقـد مطلق عن الشرط أصلاً ، فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل ، خصوصـاً إذا كان في التقييـد فسـاد العقـد . وجواز بيعه على الصحيح عند الحنفية لأنه مال منتفع بـه ولو علفـاً للـدواب ، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال عند الإنسان .

٣ً ـ وإن كان بشرط الترك فالعقـد فـاسـد بـاتفـاق علمـاء الحنفيـة ؛ لأنـه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين : وهو المشتري ولا يلائم العقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسـد للبيع كما لو اشترى حنطـة بشرط أن يتركها في دار البائع شهراً ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجر والأرض ، وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة ، فكان شرطه صفقة في صفقة ، وهذا منهي عنـه كما عرفنـا . ثم إنـه مشتمل على الغرر إذ لا يـدري المشتري هل يبقى الثمر أم تصيبه آفة فيهلك ، فعلة فساد البيع إذاً ثلاثة أمور : فيه غرر ، وشرط فاسد ، وصفقـة في صفقة .

ثانياً ـ وأما إن كان البيع بعد بدو الصلاح :

١ ـ فإن باع بشرط القطع جاز.

٢ ـ وكذا إن باع مطلقاً عن الشرط يجوز أيضاً كما قدمنا .

٣ ـ وإن باع بشرط الترك ، فإن لم يتناه عِظمه ، فالبيع فاسد بلا خلاف ، كما بينا في الحالة الثالثة السابقة .

وإن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن شرط الترك فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، ولا يلائمه ، كما إذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً . وقال محمد : يجوز استحساناً لتعارف الناس وتعاطيهم بذلك[1] . والجواز عنده ليس لتعامل الناس شرط الترك في المبيع ، وإنما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع . قال في الدر المختار : وبه يفتى أي بقول محمد .

حكم ترك الثمار بعد بدو الصلاح حالة الشراء مطلقاً :

لو اشترى الشخص مطلقاً عن شرط ، فترك الثمار حتى نضجت ، ففيه تفصيل :

آ ـ إن كان قد تناهى عظمه ، ولم يبق إلا النضج : لم يتصدق المشتري بشيء سواء ترك بإذن البائع أو بغير إذنه ، لأنه لا يزداد بعد التناهي ، وإنما يتغير إلى حال النضج . وأما الزرع فالنماء فيه يكون للمشتري طيباً ، حتى وإن تركه بغير إذن البائع لأنه نماء ملك المشتري ؛ لأن الساق ملكه ، حتى يكون التبن له بخلاف الشجرة .

ب ـ وإن لم يتناه عظمه ينظر : إن كان الترك بإذن البائع ، جاز وطاب له الفضل . وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ؛ لأن الزيادة

---

(١) المبسوط : ١٢/١٩٥ ، البدائع : ٥/١٧٣ ، فتح القدير : ٥/١٠٢ وما بعدها ، رد المحتار : ٤/٤٠ ، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠٧ وما بعدها .

حصلت بسبب محظور، فأوجب خبثاً فيها ، فكان سبيلها التصدُّق[1] .

حكم الثمرة المتجددة في مدة الترك غير المشروطة : إذا أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى ، فهي للبائع سواء أكان الترك بإذنه أم بغير إذنه ، لأنه نماء ملك البائع ، فيكون له ، ولو حللها له البائع جاز .

وإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده ، بحيث لا يمكن التمييز بينهما ينظر:

إن كان ذلك قبل أن يخلي البائع بين المشتري والثمار، بطل البيع ، كما قرر الكاساني في البدائع ؛ لأن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط ، للجهالة وتعذر التمييز.

وإن كان بعد التخلية لم يبطل البيع ؛ لأن التخلية قبض ، ويتم البيع ، والثمرة تكون بينهما ، لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما ، فكان الكل مشتركاً بينهما ، والقول في مقدار الزيادة قول المشتري ، لأنه صاحب يد لوجود التخلية[2] . هذا هو مذهب الحنفية في بيع الثمار أو الزروع .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إن بدا صلاح الثمر جاز بيعه مطلقاً أو بشرط القطع أو بشرط الترك على الشجر.

أما قبل بدو الصلاح فإن كان البيع بشرط الترك أو البقاء فلا يصح إجماعاً ؛ لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع »[3] والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

(٣) رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والترمذي والموطأ عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ٣٨٩/١) .

الحديث ، وذلك لأن له خطر المعدوم[1] .

وإن كان البيع بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع أيضاً ؛ لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة فيها ، قبل أخذها ، بدليل ما روى أنس « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، فقلنا لأنس ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر ، قال : أرأيت إذا منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ »[2] وهذا مأمون فيما يقطع في الحال ، فصح بيعه ، كما لو بدا صلاحه . قال ابن رشد : بما أن العلة في النهي هو خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى ، لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق : أعني النهي عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأوا أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع .

واستدلوا على عدم جواز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال بحديث ابن عمر وهو : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو[3] ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري »[4] قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به .

وأما إذا كان البيع قبل بدو الصلاح مطلقاً دون اشتراط تبقية ولا قطع ، فالبيع باطل ، لأن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح « الزهو » ، فيدخل فيه محل النزاع . وإطلاق العقد يقتضي التبقية ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمتعارف هو الترك ، بدليل سياق الحديث ، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية ، يتناولهما النهي جميعاً ، ويصح التعليل بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من

---

(١) يلاحظ أن هذا الإجماع المدعى محل نظر ، فقد أجاز البيع بشرط الترك يزيد بن أبي حبيب واللخمي من المالكية (بداية المجتهد : ١٤٨/٢ ، المنتقى على الموطأ : ٢١٨/٤) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي (انظر جامع الأصول : ٣٩٠/١) .

(٣) زها النخل يزهو : إذا ظهرت ثمرته ، وروي « حتى يزهى » يقال : أزهى البسر : إذا احمر أو اصفر .

(٤) أخرجه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه عن ابن عمر (نصب الراية : ٥/٤) .

منع الثمرة وهلاكها. ويدل الحديث أيضاً على أن ما بعد الغاية: «حتى يبدو صلاحها» بخلاف ما قبل الغاية، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق عن شرط التبقية[1].

والخلاصة كما قال صاحب فتح القدير[2]: لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح.

ورجح ابن عابدين في رسالته نشر العرف جواز بيع الثمار مطلقاً قبل بدو الصلاح أو بعده إذا جرى العرف بترك ذلك؛ لأن الشرط الفاسد إذا جرى به العرف صار صحيحاً ويصح العقد معه استحساناً[3].

وبدو الصلاح أو الإزهاء في المشهور عند الجمهور: هو ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمر النخل، وظهور الماء الحلو، واللين، والاصفرار في ثمرة الكرم. وفيما عدا ذلك أن يبدو النضج، أي أن العبرة فيما يتلون: هو أن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة، كالبلح والعناب والمشمش والإجاص. وفيما لا يتلون: العبرة بظهور مبادئ النضج والحلاوة بأن يتموه «أي يبدو فيه الماء الحلو» ويلين ويصفر لونه، وفي الحبوب والزروع يعتبر اشتدادها[4]. والدليل على هذا: أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمر، حتى يطيب»[5] ونهى أيضاً عن بيع الثمار حتى تزهو، قيل: وما زهوها؟ قال:

---

(١) المنتقى على الموطأ: ٢١٨/٤، بداية المجتهد: ١٤٨/٢، القوانين الفقهية ص ٢٦١، مغني المحتاج: ٨٦/٣، ٨٩، المغني: ٨٠/٤ وما بعدها، غاية المنتهى: ٦٩/٢.

(٢) فتح القدير: ١٠٢/٥.

(٣) نشر العرف: ص ٣٨، رسالة العرف والعادة للأستاذ الشيخ فهمي أبي سنة: ص ١٤٠.

(٤) المنتقى على الموطأ: ٢١٧/٤، بداية المجتهد: ١٥٠/٢ القوانين الفقهية: ص ٢٦١، تكملة المجموع: ٣٥١/١١، ٣٦٠، مغني المحتاج: ٩١/٢، المغني: ٨٧/٤، ٨٩، غاية المنتهى: ٧٠/٢.

(٥) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله.

تحمر وتصفر[1] ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود[2] ، وقال الحنفية : بدو الصلاح : أن تؤمن العاهة والفساد[3] أي أن الحنفية اعتبروا مجرد ظهور الثمرة ، والجمهور اعتبروا ظهور النضج وبدو الحلاوة في الثمار ، وفي الحب والزرع اشتدادهما .

وينظر في بدو الصلاح إلى كل نوع أو صنف على حدة من أنواع الثمار عند الحنفية . وقال الشافعية والحنابلة في أظهر الروايتين عندهم : ينظر إلى كل صنف على حدة وفي بستان واحد ، فلا يصح بيع الرمان مثلاً إن بدا صلاح العنب ، ولا بيع عنب في بستان إن بدا الصلاح في بستان آخر ، إذ أن الجنس الواحد لا يتبع جنساً آخر ، والبساتين تختلف في إبان نضوجها حسب موقعها الجغرافي .

وقال المالكية : إن بدا الصلاح في صنف من أصناف الثمار ، جاز بيع جميع ما في البساتين المجاورة . ولا يجوز بيع صنف لم يبد صلاحه ببدو صلاح صنف آخر .

وقال الظاهرية : إذا بدا الصلاح في صنف من أصناف الثمار في بستان واحد جاز بيع جميع أصناف الثمار الأخرى بشرط كون البيع صفقة واحدة ما عدا النخل والعنب ، فلا يجوز بيع شيء من ثمارهما إلا بعد الإزهاء أو ظهور الطيب بالسواد أو بغيره لورود نص خاص بهما[4] .

بيع الثمار المتلاحقة الظهور أو المقاثي والمباطخ[5] :

إذا بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو بعضه ، وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود كتين ، وقثاء ، وموز ، وورد ، وبطيخ ، وباذنجان ، وخيار ، وقرع ،

(١) رواه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي عن أنس .

(٢) رواه أصحاب السنن ما عدا النسائي عن أنس (انظر تخريج هذه الأحاديث في جامع الأصول : ٣٩٠/١ وما بعدها ، نيل الأوطار : ١٧٣/٥) .

(٣) رد المحتار : ٤٠/٤ .

(٤) المراجع السابقة ، المحلى : ٥٣٠/٨ وما بعدها .

(٥) المقاثي جمع مقثاة : وهو موضع زراعة القثاء . والمباطخ ـ جمع مبطخة : وهو موضع زراعة البطيخ .

فقال الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية : يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول . وأما بيع ما ظهر وما لم يظهر، فلا يجوز، لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول ، قد لا يخرجه الله تعالى من الشجرة . ولا يصح أيضاً البيع ، لعدم القدرة على تسليم المبيع ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق .

إلا أن الحنفية يقولون فيما لا يجوز: إن البيع فاسد[1] . وغيرهم يقولون : إنه باطل . وهناك قول ثان عند الحنفية بجواز هذا البيع ؛ لأن الناس اعتادوا بيع الثمار على هذه الصفة ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وضيق . وقد رجح ابن عابدين هذا القول وأخذت به مجلة الأحكام الشرعية .

وقال المالكية وابن تيمية وابن القيم والشيعة الامامية وهو الراجح عند متأخري الحنفية : يصح البيع عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمسامحة الإنسان لأخيه بجزء من الثمن المقابل للذي يخرجه الله تعالى من الثمرة ، ولجريان العرف وعادة الناس به ، ولأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا[2] . ونحن نرجح هذا الرأي لمسايرته متطلبات الحياة

---

(١) البدائع : ١٧٣/٥ وما بعدها ، تكملة المجموع : ٣٥٩/١١ ، مغني المحتاج : ٩٢/٢ ، المغني : ٩٠/٤ ، غاية المنتهى : ٦٨/٢ ، البحر الزخار : ٣١٧/٣ ، شرح النيل : ٧٢/٤ وما بعدها ، حاشية الشلبي على الزيلعي : ١٢/٤ ، المحلى : ٤٧١/٨ ، رد المحتار : ٤٠/٤ ، رسائل ابن عابدين : ١٣٩/٢ ، قال ابن عابدين في حاشية رد المحتار (المكان المذكور) : لا يخفى تحقق الضرورة لهذا البيع في زماننا ، ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج ، ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان ، إذ لا تباع إلا كذلك ، والنبي ﷺ إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم ، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضاً أمكن الحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فلم يكن مصادما للنص ، فلذا جعلوه من الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز ، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ، ولذا أورد له الرواية عن محمد ، بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا ، وما ضاق الأمر إلا اتسع ، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية .

(٢) بداية المجتهد : ٢ص١٥٦ ، بلغة السالك : ٢ص٧٩ ،المنتقى على الموطأ : ٤ص٢١٩ ، القوانين الفقهية : ص٢٦١ ، المختصر النافع : ص١٥٤ ، أعلام الموقعين : ٢ص١٢ .

الواقعية واعتياد الناس لهذا البيع وحاجتهم إليه ، وإلا أدى منعه إلى منازعات لا تنتهي .

بيع الحنطة في سنبلها :

قال **الحنفية :** يجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره ، وكذا الأرز والسمسم ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير[(١)] .

وكذلك قال **المالكيةوالحنابلة والظاهرية :** يجوز بيع الحب في سنبله ، ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل ، لأنه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته . ودليلهم الحديث السابق ، والمعقول : وهو أنه إذا اشتد الحب بدا صلاحه ، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها ، وإذا اشتد شيء من الحب جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها[(٢)] .

وقال **الشافعية** في الأصح عندهم : مالا يرى حبه كالحنطة والعدس والسمسم في السنبل لايصح بيعه وإن اشتد دون سنبله لاستتاره ، ولا بيعه مع السنبل ؛ لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه ، فلا يصح قياساً على بيع الحنطة في تبنها بعد الدياس ، فإنه لايصح قطعاً ، ولأنه من باب الغرر ، وأما حديث : « نهى الرسول ﷺ عن بيع السنبل حتى يبيض » أي يشتد ، فهو محمول على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين . والأرز كالشعير ، والذرة بارزة الحبات كالشعير ، وأما المستورة بكمام فكالحنطة[(٣)] .

---

(١) فتح القدير : ٥ص١٠٦ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤ص٢٢٠ ، بداية المجتهد : ٢ص١٥١ ، حاشية الدسوقي : ٣ص١٦ ، المغني : ٤ص٨٣ ، المحلى : ٨ص ٣٩٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ص٩٠ ، المجموع للنووي : ٩ص٣٣٨ ، وما بعدها .

حكم البيع الفاسد :

سنذكر حكم البيع الفاسد وما يلحق به من الكلام في التصرف بالمبيع، وفسخ المشترى شراء فاسداً، والزيادة في المبيع بيعاً فاسداً.

للبيع الفاسد عند الحنفية أحكام(١)، منها: أن البيع ينعقد بقيمة المبيع أو بالمثل، لا بالثمن المسمى، ويفيد الملك في المبيع بالقبض؛ لأن ذكر الثمن المرغوب كالخمر مثلاً، أو إدخال شرط فاسد، أو وجود الجهالة في الثمن ونحوها، دليل على أن غرض المتعاقدين البيع، فينعقد بيعاً بقيمة المبيع باعتبار أن القيمة هي الواجب الأصلي في المبايعات؛ لأنها مثل المبيع في المالية. ويكون المبيع ببيع فاسد مضموناً في يد المشتري يلزمه مثله إن كان مثلياً، والقيمة إن كان قيمياً.

والدليل على أن البيع الفاسد منعقد يفيد الملك: هو أن ركن البيع « وهو مبادلة مال بمال » صدر من أهله مضافاً إلى محله، فوجب القول بانعقاده، وإنما المحظور ليس لمعنى في ذات المنهي عنه، وإنما لما يجاور البيع، كما في البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة، فكان ذكر هذه الشروط لا يصح، فالتحق ذكرها بالعدم أي فكأنها لم تذكر.

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يتقرر الفساد، لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض وجب تسليم الثمن، وتسليم المبيع، فيتقرر الفساد، وهو لا يجوز؛ لأن الفساد واجب الإزالة والرفع شرعاً.

وعند جمهور الفقهاء: لا ينعقد البيع الفاسد، ولا يفيد الملك أصلاً، وإن قبض المشتري المبيع؛ لأن المحظور لا يكون طريقاً إلى الملك، ولأن النهي عن البيع الفاسد يقتضي عدم المشروعية، وغير المشروع لا يفيد حكماً شرعياً.

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١٣ ص٢٣، البدائع: ٥ص٣٠٤، فتح القدير والعناية: ٥ص٢٢٧ وما بعدها، رد المحتار: ٤ص١٣٦، مجمع الضمانات: ص٢١٦.

ويشترط في البيع الفاسد لإفادة الملك عند الحنفية شرطان :

١ - القبض : فلا يثبت الملك قبل القبض ، لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد ، وفي التسليم تقرير الفساد ، كما بينا .

٢ - أن يكون القبض بإذن البائع : فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك ، وذلك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه .

فإن لم ينهه عن القبض ولا أذن له في القبض صريحاً ، فقبضه في مجلس العقد بحضرة البائع : ففي المشهور من الروايات عن الحنفية أن الملك لا يثبت . وذكر محمد في الزيادات أنه يثبت الملك ، وهو الصحيح كما قال المرغيناني ، لأن ذلك إذن منه بالقبض دلالة ، كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ، فلم ينهه ، صح قبضه ، ولأن البيع تسليط من البائع على القبض ، فإذا قبضه المشتري بحضرة البائع ، كان بحكم التسليط السابق .

ووجه الرواية التي سماها صاحب الإيضاح مشهورة : هو أن العقد الفاسد ليس فيه تسليط على القبض ، لوجود المانع من القبض ، لأن في قبض المبيع تقرير الفساد ، فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد ، بخلاف الهبة لا مانع فيها من القبض ، وحينئذ فلا سبيل إلى إثبات الإذن بطريق الدلالة[1] .

التصرف في المشترى شراء فاسداً :

من أحكام البيع الفاسد : أن المشتري بعد قبض المبيع يملك التصرفات الناقلة للملكية التي تتعلق بعين الشيء ، وتكون نافذة مثل البيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ؛ لأن هذه التصرفات تزيل حق الانتفاع بالحرام ، ولكن الصحيح عند

(١) البدائع : ٥ص٣٠٤ ، فتح القدير : ٥ص٢٣٠

الحنفية أن هذه التصرفات تكون مكروهة لأنه يجب فسخ العقد الفاسد لحق الشرع، وفي هذه التصرفات إبطال أو تأخير لحق الفسخ، فتكره.

وأما التصرفات التي تتعلق بعين الشيء، في الانتفاع بالعين كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار، فلا تباح للمشتري شراء فاسداً؛ لأن الثابت بالبيع الفاسد ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع والبطلان، وهذا هو الصحيح عند الحنفية[1].

ما يبطل حق الفسخ:

١ ـ التصرف الواقع على المشترى شراءً فاسداً:

من المعروف أن الملك الثابت في البيع الفاسد ملك غير لازم، بل هو مستحق الفسخ، ويحق لكل من العاقدين قبل القبض فسخ العقد من غير رضا الآخر، كيفما كان الفساد، كما يحق لهما الفسخ بعد القبض إذا كان الفساد راجعاً إلى العوض، كأن يكون الثمن خمراً أو خنزيراً.

وإن لم يكن الفساد راجعاً إلى العوض بعد القبض كالبيع بشرط منفعة زائدة لأحد العاقدين أو إلى أجل مجهول، فلكل واحد من العاقدين الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن العقد في نفسه غير لازم. وفي قول محمد: حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير؛ لأن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بإزالة المفسد وإسقاطه[2].

هذا بالنسبة لأصل التصرف الفاسد، فهل يبطل حق الفسخ بسبب التصرف الواقع بعد القبض على المشترى شراء فاسداً؟ فيه تفصيل[3].

---

(١) فتح القدير: ٥ص٢٣٢، البدائع: ٥ص٣٠٤.

(٢) البدائع: ٥ص٣٠٠، فتح القدير: ص٢٣١.

(٣) البدائع: ٥ص٣٠١ وما بعدها.

١ ـ إن كان التصرف مزيلاً للملك من كل وجه كالبيع والهبة والإعتاق ، فلا يفسخ (أي أن حق الفسخ في البيع الفاسد يبطل) وعلى المشتري القيمة أو المثل ، لأنه تصرف في محل مملوك له ، فنفذ تصرفه .

٢ ـ وإن كان تصرفاً مزيلاً للملك من وجه ، أو ليس مزيلاً للملك :

آ ـ فإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ ومثلوا له بالتدبير والاستيلاد والكتابة[١] فإنه يبطل الفسخ .

ب ـ وإن كان التصرف يحتمل الفسخ ، كالإجارة فإنه يفسخ ، فلو آجر رجل الشيء ، حقٌّ للمالك الأول فسخ الإجارة ، ثم يفسخ البيع بسبب الفساد ؛ لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً ، إلا أنها تفسخ بالعذر ، ولا عذر أقوى من رفع الفساد .

ولو أوصى شخص بالمبيع بيعاً فاسداً ، صحت الوصية ، ويجوز فسخها مادام الموصي حياً ؛ لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي .

فلو مات الموصي قبل الفسخ ، سقط حق الفسخ ؛ لأن الملك انتقل إلى الموصى له ، كما ينتقل بالبيع .

ويلاحظ أن حق الفسخ يورث ، فلو مات المشتري شراء فاسداً فورثه الورثة ، فيحق للبائع الفسخ ، وكذا الورثة ؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت في حق الفسخ ، وكذا يحق لورثة البائع إن مات أن يطالب ورثته باسترداد المبيع .

٢ ـ الزيادة في المبيع بيعاً فاسداً :

إذا حدثت زيادة في المبيع بيعاً فاسداً ، فإما أن تكون زيادة منفصلة أو متصلة :

---

(١) هذه التصرفات تزيل الملك من وجه إذ أنها تؤول بالعبد إلى الحرية بعد الموت في التدبير والاستيلاد، أو بعد تنفيذ مقتضى عقد الكتابة بوفاء الالتزام المالي.

١ ـ **الزيادة المتصلة** : الزيادة المتصلة إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة .

آ ـ فإن كانت متولدة من الأصل كالسمن والجمال ، فلا تمنع الفسخ ؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك التبع ، كما في الغصب .

ب ـ وإن كانت غير متولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل ، فإنها تمنع الفسخ لأنه لو فسخ إما أن يفسخ على الأصل وحده أو على الأصل والزيادة معاً ، ولا سبيل إلى الأول لتعذر الفصل ، ولا سبيل إلى الثاني ؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع ، لا أصلاً ولا تبعاً ، فلا تدخل تحت الفسخ .

٢ ـ **الزيادة المنفصلة** : هذه الزيادة أيضاً إما متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .

آ ـ فإن كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمرة ، فلا تمنع حق الفسخ ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة تابعة للأصل ، لكونها متولدة منه ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك الزيادة ، كما هو المقرر في حالة الغصب . ويلاحظ أن الأرش(١) يعد من هذا القسم ؛ لأنه بدل جزء فائت من الأصل حقيقة كالمتولد من الأصل .

ب ـ وإن كانت غير متولدة ، كالهبة والصدقة والكسب ، فإنها لا تمنع الرد ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، لأنها حصلت على ملكه ، إلا أنها لا تطيب له ، لأنها لم تحدث في ضمانه ، بل في ضمان المشتري .

والخلاصة : أن الزيادة المتصلة غير المتولدة : هي التي تبطل حق الفسخ فقط دون غيرها من أنواع الزيادة . ولا تضمن الزيادة بالهلاك ، وتضمن بالاستهلاك .

---

(١) الأرش : هو العوض المالي الذي يقدّر شرعاً ، ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء ، فإذا كان العوض عن النفس أو العضو فيسمى دية .

وكذلك الزيادة بالصنع تبطل حق الفسخ : وهي أن يحدث المشتري في المبيع بيعاً فاسداً صنعاً ، لو فعله الغاصب في المغصوب يصير ملكاً له ، كما إذا كان المبيع قطناً ، فغزله ، أو غزلاً فنسجه ، أو حنطة فطحنها ، أو سمسماً أو عنباً فعصره ، أو ساحة فبنى عليها ، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحوها ؛ إذ القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ؛ لأن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ، فكل ما يبطل حق المالك في الغصب يبطله في البيع . وحينئذ يلزم المشتري بدفع قيمة الشيء المبيع يوم القبض ، كما في الغصب[1] .

وعلى هذا فليس للبائع المطالبة بنقض البناء الذي بناه المشتري في الأرض المبيعة بيعاً فاسداً ، وإنما على المشتري قيمتها ، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه .

وقال الصاحبان : لا يبطل حق الفسخ حينئذ ، وللبائع أن ينقض البناء ويقلع الغرس كما في الغصب ، إذا بنى على الأرض المغصوبة لا يبطل حق المالك في الأرض .

ودليل أبي حنيفة : أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام ، وقد حصل البناء أو الغرس بتسليط من البائع ؛ لأن المبيع صار ملكاً للمشتري وفي النقض ضرر كبير، فلا ينقض البناء ، ولا يقلع الغرس ، كما في تصرف البيع والهبة ، بخلاف الغاصب ، لأنه لم يوجد التسليط على البناء[2] .

وأما نقصان المبيع بيعاً فاسداً فلا يمنع البائع من الاسترداد ، سواء حصل النقص بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ، فإن حصل بفعل أجنبي ، فالبائع بالخيار: إن شاء أخذ قيمة النقص من المشتري ، والمشتري يرجع به على الجاني ، وإن شاء طالب الجاني وهو لا يرجع على المشتري[3] .

---

(١) البدائع : ٥ص٣٠٢ وما بعدها ، رد المحتار: ٤ص١٣٧ ، مجمع الضمانات : ص٢١٦.

(٢) فتح القدير: ٥ص٣٠٢ وما بعدها ، رد المحتار: ٤ص١٣٧ ، البدائع : ٥ص٣٠٤ .

(٣) البدائع : ٥ص٣٠٣ .

خلاصة البيوع الممنوعة في الإسلام

البيوع الممنوعة أو المنهي عنها في الإسلام كثيرة، لا فرق فيها عند الجمهور بين باطل وفاسد، وفرق الحنفية بينهما، كما بينا، وقد عرفنا طائفة من هذه البيوع، نذكر هنا أهمها بالنظر إلى سبب الخلل الذي صاحبها، وهو أنواع أربعة:

بسبب أهلية العاقد، وبسبب الصيغة، وبسبب المعقود عليه أو محل التعاقد، وبسبب اقتران العقد بوصف أو شرط أو نهي شرعي.

أولاً ـ البيوع الممنوعة بسبب أهلية العاقد:

اتفق الفقهاء على أنه يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار مطلق التصرف غير محجور عليه لحق نفسه كالسفيه أو لحق غيره كالمدين. وأما من لا يصح بيعه فهو ما يأتي:

١ ـ بيع المجنون: لا يصح بالاتفاق، لانعدام الأهلية، ومثله المغمى عليه والسكران والمخدَّر.

٢ ـ بيع الصبي: لا يصح بيع غير المميز اتفاقاً إلا في الشيء اليسير، وأما المميز فلا يصح بيعه عند الشافعية لعدم الأهلية، ويصح بيعه موقوفاً على إذن وليه أو إجازته عند الحنفية والمالكية والحنابلة، فإذا أجيز صار نافذاً، إذ لا يمكن اختباره إلا بتفويض التصرف إليه بالبيع والشراء، عملاً بالآية: ﴿ وابتلوا اليتامى .... ﴾.

٣ ـ بيع الأعمى إذا وصف له المبيع صحيح عند الجمهور، لوجود الرضا، باطل غير صحيح عند الشافعية لقصوره في إدراك الجيد والرديء، فيكون المعقود عليه في حقه مجهولاً.

٤ ـ بيع المكره: موقوف غير نافذ كالفضولي على التحقيق عند الحنفية، فإذا أجازه المكره بعد زوال الإكراه نفذ. وغير لازم في رأي المالكية، فيكون له الخيار

بين فسخ العقد و إمضائه ، وغير صحيح في مـذهبي الشـافعيـة والحنـابلـة لعـدم توافر الرضا عند إبرام العقد .

٥ ـ بيع الفضولي : صحيح موقوف على إجـازة المـالـك الحقيقي في رأي الحنفيـة والمـالكيـة ؛ لأن الإجـازة اللاحقـة كالإذن الســابق . ولا يصح أصلاً عنـد الشـافعيـة والحنابلة ، للنهي عن بيع مالم يملكه الإنسان ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

٦ ـ بيع المحجور عليه بسبب السفه أو الإفلاس أو المرض : أما السفيه المبذر فبيعه موقوف عند الحنفية والمالكية وفي الراجح لدى الحنابلة ، ولا يصح في رأي الشـافعيـة لعدم أهليته ، وعدم اعتبار كلامه .

وأما المفلس بسبب الحكم عليه بالإفلاس لحق الـدائنين الغرمـاء فتصرفـه بـالبيع موقوف عند الحنفية والمالكية ، غير صحيح لدى الشافعية والحنابلة .

وأما المريض مرض الموت : فتبرعاته عند الجمهور غير المالكيـة نـافـذة في حـدود ثلث التركة ، موقوفـة في الزائـد عن الثلث على إجـازة الورثـة . ولا ينفـذ تبرعـه من الثلث في مذهب المالكية في المنقول ، وينفذ من العقـار كـدار وأرض وشجر ونحوهـا مما لا يخشى تغييره .

٧ ـ بيع المُلْجَأ : وهو المضطر إلى البيع لتهريب أموالـه من وجـه ظـالم . وبيعـه فاسد عند الحنفية ، باطل عند الحنابلة .

ثانياً ـ البيوع الممنوعة بسبب الصيغة :

يصح البيع بـالاتفـاق بتراضي العـاقـدين ، وتوافق الإيجـاب والقبـول فيما يجب التراضي عليه من مبيع وثمن وغيرهمـا ، وكون الإيجـاب والقبول في مجلس واحـد دون أن يحدث بينهما فاصل . ولا يصح البيع في حالات ، منها ما يأتي :

١ ـ بيع المعاطاة : المعاطاة : أن يتفق العاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيـا من غير

إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما . وهو بيع صحيح عند الجمهور ؛ لأن البيع ينعقد بكل ما يدل على الرضا بتبادل الملك في الأموال ، سواء بالصيغة المعبرة عن الإرادة صراحة من إيجاب وقبول ، أم بما يدل على الرضا عرفاً ، اعتباراً بعرف الناس واحتراماً لعاداتهم السائدة فيما بينهم ، ما لم تصادم نصاً من نصوص الشرع . فيصح البيع باللفظ أو الإشارة أو بغيرهما ، ما دام يدل على المقصود من العلم بتراضي العاقدين ، ولم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة . ولا ينعقد البيع بالمعاطاة عند الشافعية[1] ، بل لا بد من الإيجاب والقبول في كل عقد بيعاً وإجارة ورهناً وهبة ونحوها ؛ لأن اسم البيع لا يقع عليه ، ولعدم توافر الدليل الظاهر المطلوب شرعاً الدال على الرضا ؛ لأن البيع منوط بالرضا ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ولقوله ﷺ : « إنما البيع عن تراض »[2] والرضا أمر خفي لا يطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر ، وهو الصيغة ، فلا ينعقد بالمعاطاة ، إذ الفعل لا يدل بوضعه ، فيكون المقبوض بالمعاطاة كالمقبوض ببيع فاسد ، فيطالب كل عاقد صاحبه بما دفع إليه إن بقي ، وببدله إن تلف .

وأجاز بعض الشافعية كابن سريج والرُّوياني المعاطاة في المحقَّرات : وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة ، كرطل خبز ، وحزمة بقل . وقال بعضهم : كل من وسم بالبيع ، اكتفي منه بالمعاطاة ، كالعامي والتاجر ، وكل من لم يعرف بذلك لا يصح منه إلا باللفظ . وقال النووي في المجموع : وأما إذا كان يأخذ من البياع ويحاسبه بعد مدة ويعطيه ، كما يفعل كثير من الناس ، فإنه باطل بلا خلاف ؛ لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة . وصحح النووي المعاطاة ، فقال : المختار والراجح

---

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٣ وما بعدها ، المهذب : ١ / ٢٥٧ .

(٢) صححه ابن حبان .

دليلاً الصحة ؛ لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف ، كغيره من الألفاظ[1] .

٢ ـ البيع بالمراسلة أو بواسطة رسول : يصح اتفاقاً ، ويكون مجلس التعاقد هو مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى العاقد الثاني ، فإن تم القبول بعد هذا المجلس لم ينعقد العقد .

٣ ـ بيع الأخرس بالإشارة المفهومة أو الكتابة : صحيح اتفاقاً ، كالنطق من الناطق ، للضرورة ؛ لأن ذلك يدل على ما في فؤاده ، كما يدل عليه النطق من الناطق ، فإن لم تكن له إشارة مفهومة ولا يحسن الكتابة لم يصح عقده .

٤ ـ البيع مع غائب عن مجلس العقد : لا يصح اتفاقاً ؛ لأن اتحاد المجلس شرط لانعقاد البيع .

٥ ـ البيع مع عدم تطابق القبول والايجاب : لا يصح اتفاقاً ، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير ، كزيادة المشتري على الثمن المتفق عليه ، يصح بها العقد عند الحنفية ، ولا يصح عند الشافعية .

٦ ـ البيع غير المنجز : وهو المعلق على شرط أو المضاف لوقت في المستقبل : فاسد عند الحنفية ، باطل عند الجمهور .

ثالثاً ـ البيوع الممنوعة بسبب المعقود عليه (محل التعاقد) :

المعقود عليه بالمعنى الأعم : هو المال المبذول من كلا المتعاقدين ، ويسمى أحد البدلين مبيعاً ، ويسمى الآخر ثمناً .

وقد اتفق الفقهاء على صحة البيع إذا كان المعقود عليه مالاً متقوماً محرزاً

---

(١) الأشباه للسيوطي : ص٨٩ .

موجوداً ، مقدوراً على تسليمه ، معلوماً للعاقدين ، لم يتعلق به حق الغير ، ولم ينه عنه الشرع . واختلفوا في صفة بعض البيوع المنهي عنها على النحو التالي :

١ ـ بيع المعدوم أو ما له خطر العدم ، كبيع المضامين (ما في أصلاب الذكور) والملاقيح (ما في أصلاب الإناث) وحبل الحبلة (نتاج النتاج) : باطل لا ينعقد باتفاق أئمة المذاهب الأربعة ، للنهي عنه في الأحاديث الصحيحة .

٢ ـ بيع معجوز التسليم ، كالطير في الهواء والسمك في الماء ، باطل لا ينعقد باتفاق المذاهب ، للنهي الثابت عنه في السنة .

٣ ـ بيع الدين نسيئة وهو بيع الكالئ بالكالئ : باطل اتفاقاً ، للنهي عنه شرعاً . وبيع الدين للمدين في الحال جائز اتفاقاً ، وبيع الدين لغير المدين في الحال باطل عند الحنفية والحنابلة والظاهرية ، جائز في المذاهب الأخرى .

٤ ـ بيع الغرر غير اليسير : وهو غير المتحقق الموجود ، لا يصح اتفاقاً للنهي عنه ، لكن منه ما هو باطل اتفاقاً كبيع الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة ، ومنه ما هو فاسد في اصطلاح الحنفية باطل عند غيرهم : وهو بيع ضربة القانص والغائص والمزابنة (بيع الرطب على النخل ، والعنب على الكرمة بثمر مقطوع ، بالحزر والتخمين) والمحاقلة (بيع الحنطة في سنبلها بمثلها بالحزر والتخمين) والملامسة (تنجيز البيع بمجرد اللمس) والمنابذة (إبرام البيع بمجرد نبذ المبيع إلى المشتري أو بنبذ أحد المبيعات) وبيع الحصاة (ما تقع عليه الحصاة) ، وبيع المجهول من أصناف متعددة أكثر من ثلاثة . قال ابن جزي المالكي[(١)] : الغرر الممنوع عشرة أنواع :

النوع الأول ـ تعذر التسليم كالبعير الشارد ، ومنه بيع الجنين في البطن دون بيع أمه ، وكذلك استثناؤه في بطن أمه ، وكذلك بيع ما لم يخلق كبيع حبل الحبلة : وهو

(١) القوانين الفقهية : ص٢٥٦ وما بعدها .

نتاج ما تنتج الناقة ، وبيع المضامين : وهي ما في ظهور الفحول .

النوع الثاني ـ الجهل بجنس الثمن أو المثمون : كقوله : بعتك ما في كمي .

النوع الثالث ـ الجهل بصفة أحدهما ، كقوله : بعتك ثوباً من منزلي ، أو بيع الشيء من غير تقليب ولا وصف .

النوع الرابع ـ الجهل بمقدار المبيع أو الثمن ، مثل الثاني : بعت منك بسعر اليوم ، أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان إلا بيع الجزاف يجوز . ومثال الأول : لا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ، ويجوز بيعه مع سنبله ، خلافاً للشافعي ، وكذلك لا يجوز بيعه في تبنه ، ويجوز بيعه مع تبنه ، ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى ، خلافاً للشافعي .

النوع الخامس ـ الجهل بالأجل : مثل بعتك إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو ، ويجوز أن يقول : إلى الحصاد ، أو إلى معظم الدراس أو إلى شهر كذا ، ويحمل على وسطه .

النوع السادس ـ بيعتان في بيعة : وهو أن يبيع مبيعاً واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مبيعين بثمن واحد ، فالأول : أن يقول : بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً ، أو بعشرين ، إلى أجل ، على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني ـ أن يقول : بعتك أحد هذين الثوبين بكذا ، على أن البيع قد لزم في أحدهما .

النوع السابع ـ بيع ما لا ترجى سلامته ، كالمريض في السباق .

النوع الثامن ـ بيع الحصى : وهو أن يكون بيده حصى ، فإذا سقطت وجب البيع .

النوع التاسع ـ بيع المنابذة : وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر ، وينبذ الآخر ثوبه إليه ، فيجب البيع بذلك .

النوع العاشر ـ بيع الملامسة : وهو أن يلمس الثوب ، فيلزمه البيع بلمسه ، وإن لم يتبينه . وحاصل هذه الأنواع يرجع إلى بيع معجوز التسليم ، وبيع المجهول ، وبيع الأشياء المحتملة ، وبيع الحصى وبيع المنابذة وبيع الملامسة .

٥ ـ بيع النجس والمتنجس : لا يصح اتفاقاً بيع النجس كالخمر والخنزير والميتة والدم ، ولا يصح عند الجمهور أيضاً بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالسمن والزيت والعسل الذي وقعت فيه نجاسة كفأرة مثلاً . وأجاز المالكية الاستصباح وعمل الصابون بالزيت النجس ، وأباح الحنفية بيع المتنجس لغير الأكل كالدبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد ، ما عدا دهن الميتة ، فإنه لا يحل الانتفاع به ، تنزهاً عن فعل اليهود ، حينما حرمت عليهم الميتة أذابوها وباعوها وأكلوا ثمنها . وكذلك بيع المعازف (آلات الطرب) لا يصح في رأي الجمهور للنهي عن الانتفاع بها ، وأجاز الظاهرية وبعض المالكية بيعها ، للأحاديث الثابتة الدالة على جواز ضرب الدف ونحوه .

٦ ـ بيع الماء : يجوز عند الجمهور من أئمة المذاهب الأربعة بيع الماء المملوك ، أو المحرز في الأواني ، أو ماء العين أو البئر . وقال الظاهرية : لا يحل بيع الماء مُطلقاً . واتفق العلماء على أنه لا يصح بيع الماء المباح أي الماء العام المشترك بين الناس ؛ لأن الناس شركاء فيه وفي النار والكلأ والملح .

٧ ـ بيع المجهول : البيع المشتمل على جهالة فاحشة في المبيع أو الثمن أو الأجل أو نوع المرهون أو الكفيل فاسد عند الحنفية ، باطل في رأي الجمهور ؛ لأنه يفضي إلى النزاع والخلاف .

٨ ـ بيع الشيء الغائب عن المجلس أو غير المرئي : يصح في رأي الحنفية من غير رؤية ولا وصف ، وللمشتري الخيار عند الرؤية ، ويصح في رأي المالكية على الصفة ، ويثبت فيه خيار الرؤية . ولا يصح مطلقاً عند الشافعية ، والحنابلة في الأظهر .

لكن اشترط المالكية[1] في البيع على الصفة خمسة شروط :

الأول - أن يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية .

الثاني - ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد .

الثالث - أن يصفه غير البائع .

الرابع - أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها .

الخامس - ألا ينقد ثمنه بشرط من البائع إلا في المأمون التغير كالعقار . ويجوز النقد من غير شرط .

ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وإن خرج على خلاف ذلك ، فللمشتري الخيار .

ويجوز بيع ما في الأعدال من الثياب على وصف البرنامج[2] ، بخلاف الثوب المطوي دون تقليب ونشر .

٩ - بيع الشيء قبل القبض : لا يجوز في رأي الحنفية بيع المنقول قبل القبض ، للنهي عنه ، ويجوز بيع العقار قبل القبض ؛ لأنه مأمون التغير غالباً . ولا يجوز إطلاقاً في رأي الشافعية ، لعموم النهي : « نهى النبي ﷺ أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم »[3] . وخصص المالكية المنع في الطعام ، سواء أكان ربوياً أو غير ربوي . وخصص الحنابلة المنع في الطعام المكيل أو الموزون أو المعدود ، لحديث : « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه »[4] .

(١) القوانين الفقهية : ص٢٥٦ .

(٢) وهو بيع الغائب بلا وصف لنوعه وجنسه ، ويجوز بشرطين : إثبات خيار الرؤية للمشتري ، وعدم دفع الثمن للبائع . والبرنامج : الورقة المكتوب فيها ما في الوعاء .

(٣) رواه أبو داود والدارقطني عن زيد بن ثابت (نيل الأوطار : ٥/ ١٥٧) .

(٤) رواه أحمد ومسلم عن جابر (المرجع السابق) .

١٠ ـ بيع الثمار أو الزروع : باطل لا ينعقد اتفاقاً إذا كان قبل أن تخلق ؛ لأنه معدوم . أما بعد أن تخلق : فإن كان قبل بدو الصلاح بشرط الترك أو الإبقاء ، فلا يصح إجماعاً ، والبيع فاسد عند الحنفية ، باطل عند الجمهور . وإن كان بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع ، وهو صحيح عند الحنفية إذا كان البيع مطلقاً عن الشرط ، غير صحيح عند الجمهور .

وإن كان بعد بدو الصلاح ، جاز بيعه على المفتى به عند الحنفية من رأي محمد بن الحسن ولو بشرط الترك إن تناهى عظمه ، ويفسد إن لم يتناه عظمه . ويجوز بيعه مطلقاً ولو بشرط الترك في رأي الجمهور .

رابعاً ـ البيوع الممنوعة بسبب وصف أو شرط أو نهي شرعي :

يصح البيع اتفاقاً إذا اكتملت أركانه وشروطه ، ولم يكن مشتملاً على صفة ضارة بالمجتمع ، أو شرط مخالف لمقتضى العقد ، أو لاعتبارات أخرى خارجة عن العقد ، كما في الحالات التالية :

١ ـ بيع العَرْبون : لا يجوز عند الجمهور للنهي عنه في السنة ، ويعد فاسداً عند الحنفية ، باطلاً عند المالكية والشافعية إن كان على ألا يرد البائع العربون إلى المشتري ، إذا لم يتم البيع بينهما . فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع ، فهو جائز .

وهو جائز لا بأس به عند الحنابلة ؛ لأن النبي ﷺ أحله ، لكن لم يثبت حديث كل من الفريقين .

٢ ـ بيع العينة : وهو أن يظهر العاقدان فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز ، فيمنع ويقع باطلاً في رأي المالكية والحنابلة ، للتهمة سداً للذرائع . وهو فاسد في رأي أبي حنيفة إن خلا من توسط شخص ثالث ، وصحيح مع الكراهة في رأي الشافعية والظاهرية .

وبيع العينة ثلاثة أنواع[1] :

الأول ـ أن يقول رجل لآخر : اشتر لي سلعة بكذا ، وأربحك فيها كذا ، مثل أن يقول : اشترها بعشرة ، وأعطيك فيها خمسة عشر ، إلى أجل ، فإن هذا يؤول في رأي الإمام مالك إلى الربا ؛ لأن مذهب مالك النظر إلى ما خرج عن اليد ، ودخل فيه ، ويلغي الوسائط ، فكأن هذا الرجل أعطى لأحد عشرة دنانير ، وأخذ منه خمسة عشر ديناراً إلى أجل ، والسلعة واسطة ملغاة .

الثاني ـ لو قال : اشتر لي سلعة ، وأنا أربحك فيها ، ولم يسمّ الثمن ، فهذا مكروه ، وليس بحرام في مذهب مالك .

الثالث ـ أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها ، ثم يشتريها الآخر من غير أمره ، ويقول : قد اشتريت السلعة التي طلبت مني ، فاشترها مني إن شئت ، فيجوز أن يبيعها نقداً أو نسيئة بمثل ما اشتراها به أو أقل أو أكثر .

٣ ـ بيع الربا : ربا النسيئة وربا الفضل فاسد عند الحنفية ، باطل عند الجمهور للنهي الثابت عنه في القرآن والسنة النبوية معاً .

٤ ـ البيع بثمن محرَّم كالخمر والخنزير : فاسد عند الحنفية فينعقد بالقيمة ، باطل عند الجمهور ؛ لأن النبي ﷺ ـ في حديث البخاري ومسلم ـ حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام .

٥ ـ بيع حاضر لباد[2] من الذين لا يعرفون الأسعار ، وقيل : لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة ، وهذا هو المقصود الحقيقي من نهي الشرع . وهو بيع حرام لا يجوز للنهي عنه ، وعلة النهي نبه عليها ﷺ بقوله : « دعوا الناس يرزق الله

---

(١) القوانين الفقهية : ص٢٥٨ .

(٢) الحاضر : ساكن الحضر أو المدن ، والبادي : ساكن البادية . والحاضر : خلاف البادي .

بعضهم من بعض »[1] وذلك رفقاً بأهل البلد، فالشارع لاحظ مصلحة الجماعة وقدمها على مصلحة الواحد، ومنع أيضاً الضرر بأهل السوق في انفراد المتلقي عنهم في الرخص وقطع الموارد عنهم، وصورته: أن يجيء البلد غريب بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه الحاضر، فيقول: ضعه عندي لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر. وللفقهاء تخصيصات لعموم هذا النهي[2]، فقالت الحنفية: إنه يختص المنع (أي كراهة التحريم) من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر.

وقال الشافعية والحنابلة: إن الممنوع إنما هو أن يجيء البلد بسلعة من يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه الحاضر، فيقول: ضعه عندي لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر. قال ابن حجر في الفتح: فجعلوا الحكم منوطاً بالبادي ومن شاركه في معناه، وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب، فألحق به من شاركه في عدم معرفة السعر من الحاضرين.

وجعلت المالكية البداوة قيداً. وعن مالك: لا يلتحق بالبدوي في ذلك إلا من كان يشبهه، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق، فليسوا داخلين في ذلك. وحكم هذا البيع فاسد ويجوز فسخه عند المالكية كالنجش، وصحيح عند الحنفية، وفيه الخيار عند الشافعية والحنابلة.

٦ ـ تلقي الركبان: أي الذين يجلبون إلى البلد أرزاق العباد للبيع، سواء أكانوا ركباناً أم مشاة، جماعة أم واحداً. والتلقي محرم، وقال الحنفية: مكروه تحريماً، للنهي الوارد فيه: « لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد »[3] وقد خرج الحديث مخرج الغالب في أن الجالب يكون عدداً، ويكون الجالب في الغالب راكباً.

---

(١) روى الجماعة إلا البخاري عن جابر أن النبي ﷺ قال: « لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (نيل الأوطار: ٥/ ١٦٤).

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ١٦٤.

(٣) رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس.

وقـد اختلف العلمـاء في هـذا النهي : هل يقتضي الفسـاد أم لا ، فقيـل : يقتضي الفسـاد ، وقيل : لا يقتضي ذلـك ، وهو الظـاهر ؛ لأن النهي ههنـا لأمر خـارج وهو لا يقتضيه ، كما تقرر في الأصول ، ولقوله ﷺ : « فصاحب السلعـة فيهـا بـالخيـار إذا ورد السـوق »[1] قـال ابن تيميـة في منتقى الأخبـار : وفيـه دليـل على صحـة البيـع . فالراجح أن هذا البيع وبيع الحـاضر للبـادي صحيح غير فـاسـد ، وهو رأي الحنفيـة ، ويثبت فيه خيار الغبن عند الحنابلة والشافعية ، ولا يجوز لحق أهل الأسواق ويكون فاسداً عند المالكية .

٧ ـ بيع النجش : قال الشافعي : النجش : أن تحضر السلعـة تبـاع ، فيعطي بهـا الشيء ، وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوّام ، فيعطون بهـا أكثر ممـا كانوا يعطون ، لو لم يسمعوا سومه .

فالنجش في الشرع : الزيادة في السلعة ، ويقع ذلك بمواطـأة البـائع ، فيشتركان في الإثم . وبعبارة أخرى : الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها ، بل ليغر بذلك غيره . وسمي الناجش في السلعة ناجشاً ؛ لأنـه يثير الرغبـة فيهـا ويرفع ثمنهـا . وقد أجمع العلماء على أن الناجش عاص بذلك .

وأما حكم البيع فمختلف فيه : فقـال الظـاهريـة بـأنـه فـاسـد . وقـال المـالكيـة والحنابلة في المشهور عندهم : البيع صحيح ويثبت فيـه الخيـار للمشتري ، إذا غبن فيـه غبناً غير معتاد .

وقال الحنفية ، والشافعية في الأصح : البيع صحيح مع الإثم ، فهو مكروه تحريمـاً عند الحنفية ، حرام عند الشافعية لكن لا يكره النجش عنـد الحنفيـة إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحقة ، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريـد الشراء فجـائز ، ولا بـأس ؛ لأنـه

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة .

عون على العدالة . وأما بيع المزايدة أو المزاد العلني وهو البيع ممن يزيد فجائز ليس من المنهي عنه .

٨ ـ البيع وقت النداء لصلاة الجمعة من حين يصعد الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة ، وعند الحنفية : من الأذان الأول .

وهو مكروه تحريماً عند الحنفية ، صحيح حرام عند الشافعية ، ويفسخ في المشهور عند المالكية ، ولا يصح أصلاً عند الحنابلة .

٩ ـ بيع العنب لعاصر الخمر : صحيح في الظاهر مكروه عند الحنفية والشافعية ، لاستيفاء العقد شروطه وأركانه الشرعية ، والإثم بسبب النية الفاسدة أو الباعث غير المشروع . ومثله بيع السيف لمن يقتل به غيره ظلماً ، وبيع الشبكة لمن يصطاد في الحرم ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه الملاهي .

وهو باطل في رأي المالكية والحنابلة سداً للذرائع ، مثل بيع السلاح في الفتنة أو لقطاع الطريق ، وبيع العينة المتخذ وسيلة للربا ؛ لأن ما يتوصل به إلى الحرام حرام ، ولو بالقصد أو النية .

١٠ ـ بيع الأم دون ولدها الصغير أو بيعه دونها : لا يجوز حتى يستغني الولد ، بسبب التفريق بينهما ، وقد نهى النبي ﷺ عن التفريق بين المحارم ، فقال : « من فرّق بين والدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »[1] وأجاز المالكية التفريق بين الولد وبين والده ، لكن ورد النهي عن ذلك أيضاً : « لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالد وولده ، وبين الأخ وأخيه »[2] فهذا إن صح أولى بالعمل .

وحكم البيع الأول أنه فاسد لا ينعقد في رأي الجمهور . وقال أبو حنيفة : إنه ينعقد البيع .

---

(١) رواه أحمد والترمذي عن أبي أيوب لكن في إسناده مختلف فيه (نيل الأوطار : ٥/ ١٦١) .

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني عن أبي موسى (المرجع السابق) وإسناده لابأس به .

١١ ـ بيع الإنسان على بيع أخيه : وصورته : أن يكون قد وقع البيع بالخيار، فيأتي في مدة الخيار رجل، فيقول للمشتري : افسخ هذا البيع، وأنا أبيعك مثله بأرخص من ثمنه، أو أحسن منه. والشراء على الشراء : هو أن يقول للبائع في مدة الخيار : افسخ البيع، وأنا أشتريه منك بأكثر من هذا الثمن. والسوم على السوم : أن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيها على البيع، ولم يعقداه، فيقول آخر للبائع : أنا أشتريه منك بأكثر، بعد أن كانا قد اتفقا على الثمن.

وقد أجمع العلماء على تحريم هذه الصور كلها، وأن فاعلها عاص[1]؛ للحديث : «لا يبع أحدكم على بيع أخيه»[2] أي في الدين، وهذا في رأي أكثر العلماء خرج مخرج الغالب، فلا اعتبار لمفهومه، وأنه يحرم أيضاً على بيع الكافر. وأما حكم البيع المذكور فمختلف فيه : فذهب الحنفية والشافعية إلى صحته مع الإثم. وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده، ولكن في رأي المالكية : بعد الركون والتقارب[3].

١٢ ـ البيع وشرط : وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا، وللفقهاء تفصيل في حكمه.

فقال الحنفية، يفسد البيع بالشرط الفاسد : وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع، ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كأن يشتري شخص قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً. ويصح العقد ويلغو الشرط الباطل : وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كأن يبيع إنسان شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه.

وقال المالكية : يبطل البيع والشرط، إن اقتضى الشرط منع المشتري من

---

(١) سبل السلام : ٣/ ٢٣.

(٢) رواه أحمد عن ابن عمر (نيل الأوطار : ٥/ ١٦٧) وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية : ص٢٥٩.

تصرف عام أو خاص ، خلافاً للحنفية في الشرط الباطل . ويجوز البيع والشرط إن اشترط البائع منفعة نفسه ، خلافاً للحنفية أيضاً في الشرط الفاسد . ويجوز البيع ويبطل الشرط إن عاد الشرط بخلل في الثمن ، مثل : « إن لم تأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بيننا » فإن قال البائع : « متى جئتك بالثمن ، رددت إلي المبيع » لم يجز ، وهو المعروف عند الحنفية ببيع الوفاء .

ورأى الشافعية : أنه يصح العقد والشرط إن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين كالخيار والأجل والرهن والكفالة . ويبطل البيع إن كان الشرط منافياً مقتضى العقد ، مثل ألا يبيع المبيع أو لا يهبه ، وهذا موافق للمالكية .

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يبطل البيع بشرط واحد فيه منفعة لأحد العاقدين ، ويبطل بالشرطين ، لقول النبي ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندك »[1] .

وبناء عليه أجمع العلماء على أنه لا يجوز اشتراط السلف من أحد المتبايعين ، إذا عزم مشترطه عليه ، فإن أسقطه جاز البيع عند المالكية ، ولم يجز عند الجمهور .

١٣ ـ الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود : وهي الجعالة ، والصرف ، والمساقاة ، والشركة ، والنكاح ، والقراض (المضاربة) : هو فاسد ممنوع في المشهور عند المالكية .

وأجازه أشهب ، ونقل ابن جزي[2] أن ذلك وفاق للشافعي وأبي حنيفة .

وأجاز المالكية الجمع بين البيع والإجارة ، وبين البيعتين في البيعة ويكون هذا من باب الخيار . ومنع الجمهور ذلك ، واعتبر الحنفية البيع فاسداً ، والشافعية والحنابلة اعتبروه باطلاً .

---

(١) رواه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمرو.

(٢) القوانين الفقهية : ص٢٦٠ .

البيوع الفاسدة أو الباطلة عند المالكية[1] :

الباطل أو الفاسد في البيع يكون من خمسة أوجه وهي : ما يرجع إلى المتعاقدين ، وما يرجع إلى الثمن و إلى المثمون ، و يعرف ذلك في بيان الأركان ، وما يرجع إلى الغرر ، وما يرجع إلى الربا ، والخامس ـ سائر البيوع المنهي عنها وهي عشرة :

١ ـ بيع الطعام قبل قبضه .

٢ ـ بيع العينة .

٣ ـ بيع العربون .

٤ ـ بيع حاضر لباد .

٥ ـ تلقي السلعة على بعد ميل (١٨٤٨ م) .

٦ ـ بيع الإنسان على بيع أخيه .

٧ ـ البيع يوم الجمعة .

٨ ـ بيع الأم دون ولدها الصغير أو بيعه دونها .

٩ ـ بيع وشرط (بيع الثنيا) .

١٠ ـ الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود وهي (الجعالة ، والصرف ، والمساقاة ، والشركة ، والنكاح ، والقراض) .

البيوع الباطلة لدى الشافعية[2] :

هي كثيرة ، أهمها واحد وثلاثون وهي :

١ ـ بيع مالم يقبض إلا في ميراث وموصى به ورزق سلطان عين لمستحق في بيت

---

(١) القوانين الفقهية : ص٢٥٧ـ٢٦٠ ، بداية المجتهد : ١٢٥/٢ ، ١٤٦ وما بعدها ، ١٥٨ـ١٦٨ .

(٢) تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري : ص١٥٢ـ١٥٨ ، حاشية الشرقاوي : ٥٠/٢ـ٦٤ .

المال قدر حصته أو أقل ، وغنيمة ، ووقف ، وموهوب استرجع ، وصيد في شبكة ونحوها ، ومُسْلَم فيه ، ومكترى ومشترك ومال قراض ، ومرهون بعد انفكاكه .

٢ ـ بيع ما عَجَز عن تسليمه حالاً ، كالطير في الهواء ، إلا في ستة أشياء وهي : إجارة ، وسَلَم ، وغلة كثيرة لا يمكن كيلها إلا في زمن طويل ، ومغصوب أو آبق لقادر عليه ، وعَيْن من منقول أو عقار ببلد آخر أو نحوه ، فيصح البيع في كل منها وإن عجز عن تسليمه في الحال ؛ لأن المشتري يصل إلى غرضه فيها .

٣ ـ بيع حَبَل الحَبَلة : كأن يقول : إذا نُتجت هذه الناقة ، ثم نتجت التي في بطنها فقد بعتك ولدها ، أو بأن يشتري شيئاً بثمن مؤجل بنتاج ناقة معيَّنة ، ثم نتاج ما في بطنها .

٤ ـ بيع المضامين : وهي ما في أصلاب الفحول .

٥ ـ وبيع الملاقيح : وهي ما في بطون الإناث .

٦ ـ بيع بشرط إلا بشرط رَهْن أو كفيل أو إشهاد أو خيار ، أو أجل ، أو إعتاق ، أو براءة من العيوب ، فيبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه ، أو نقل المبيع من مكان البائع ، أو قطع الثار ، أو تبقيتها بعد الصلاح ، أو بشرط وصف يُقصد ككون الآلة الكاتبة تكتب بلغات معينة ، أو بشرط ألا يُسلِّم البائع المبيع حتى يستوفي ثمنه في الحال ، أو بشرط الرد بعيب .

٧ ـ بيع الملامسة : كأن يلمس ثوباً مطوياً أو في ظلمة ، ثم يشتريه على ألا خيار له إذا رآه ، اكتفاءً بلمسه عن رؤيته .

٨ ـ بيع المنابذة : بأن ينبُذ كل منهما ثوبه على أن أحدهما بالآخر ، ولا خيار إذا عَرَفا الطول والعرض ، أو بأن ينبذه إليه بثمن معلوم .

٩ ـ بيع المحاقلة : وهو بيع البر في سنبله .

١٠ ـ بيع مالم يُمْلَكْ إلا في سَلَم وإجارة وربا واقعين على ما في الذمة، فيصح كل منهما، وإن كانت المنفعة والمسلم فيه والمبيع غير مملوكة حالة العقد، فيصح بيع المسلم فيه، كقدر من البر صفته كذا، وثوب صفته كذا، وإن لم يكن عند المسلم إليه شيء من البر أو الثياب حال العقد. ويصح إجارة شيء في الذمة، كأن أجره دابة في ذمته ليركب عليها إلى مكة مثلاً أول شهر كذا، ولم يكن في ملكه وقت العقد شيء من نوع الدابة ولا جنسها، ويحصلها بعد ذلك. ويصح مبايعة مال ربوي في الذمة بمال آخر في الذمة، كأن يبيع شخص لآخر صاع بُرّ في ذمته مثلاً بصاع آخر في ذمته، ولم يكن واحد منهما مالكاً له حال العقد، ثم قبل تفرقهما من المجلس يحصلان ذلك بقرض أو اتهاب أو نحوهما، ويتقابضان قبل التفرق.

والدليل على بطلان بيع غير المملوك خبر: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك»[1] وبناء عليه قالوا: بيع الفضولي باطل.

١١ ـ بيع لحم بحيوان ولو غير مأكول، كبيع لحم بقر ببقر أو بشاة، أو بحمار للنهي في خبر الترمذي.

١٢ ـ بيع شاة لبون[2] بمثلها. وكذا بيع كل حيوان مأكول أو فيه بيض بمثله، لجهالة ما يقابل اللبن ونحوه من الثمن، فهو كبيع درهم وثوب بدرهم وثوب.

١٣ ـ بيع الحصاة: كأن يبيعه من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصاة.

١٤ـ بيع الماء الجاري أو النابع وحده ولو مدة معلومة؛ لأنه غير مملوك وللجهل بقدره؛ لأنه يزيد شيئاً فشيئاً ويختلط المبيع بغيره، فيتعذر التسليم. فإن باعه بشرط أخذه الآن صح. فإن كان راكداً، جاز بيعه، بشرط تقديره بكيل أو وزن أو مسح بالأذرع.

---

(١) رواه الترمذي وحسنه.

(٢) أي ذات لبن يقصد حلب مثله.

١٥ ـ بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بغير شرط القطع ، أي بشرط الإبقاء أو مطلقاً للنهي عن بيعها قبل الصلاح ، أما بيعها بشرط القطع قبل الصلاح أو بغيره بعده فجائز . فإن باع نخلاً وعليه ثمرة مؤبرة ، فهي للبائع ، أو غير مؤبرة فللمشتري .

١٦ ، ١٧ ـ بيع رُطب بمثله أو بتمر ، أو بيع عنب بمثله أو بزبيب ، للجهل الآن بالمماثلة وقت الجفاف ، لأنه « ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : أينقص الرطب إذا جف ؟ فقالوا : نعم ، فقال : فلا إذن »(١) . لكن يجوز البيع للحاجة فيما دون خمسة أوسق(٢) .

١٨ ، ١٩ ـ بيع بُرّ مبلول بمثله أو بجاف ، متفاضلين إن اتحد الجنس ، للجهل بالمماثلة ولتحقق الربا .

٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ـ بيع لحم طري بمثله ، أو بقديد ، وبيع يابس بمثله متفاضلين إن اتحد الجنس ، لتحقق الربا ، مثل بيع لحم بقر بمثله متفاضلين .

ويلاحظ أن أنواع اللحوم والألبان والأدهان والسمك والخلول وأنواع الخبز أجناس مختلفة كأصولها ، فيجوز بيع جنس منها بآخر متفاضلين ، فيجوز بيع لحم بقر بلحم ضأن متفاضلين .

٢٣ ـ بيع نجس ككلب للنهي عن ثمنه ، وكخنزير .

٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ـ بيع حر وأم ولد ومكاتب .

٢٧ ـ بيع حشرات كعقارب وفئران ، إذ لا نفع فيها يقابل بالمال .

٢٨ ـ بيع عَسْب الفحل : وهو أجر ضرابه ، للنهي عنه في خبر البخاري .

---

(١) رواه الترمذي وصححه .

(٢) تساوي ٦٥٣ كغ أي قنطارين ونصف .

٢٩ ـ بيع عبد مسلم من كافر، لما في ملكه له من الإهانة .

٣٠ ـ بيع الغرر كمسك في صوانه ، وصوف على ظهر غنم ، للجهل بقدر المبيع .

٣١ ـ بيع العرايا : وهو بيع الرطب على الشجر بتمر، أو العنب على الشجر بزبيب على الأرض في خمسة أوسق فأكثر، ويجوز فيما دونها بعد بدو الصلاح ؛ لأنه ﷺ رخص في ذلك في الرطب ، وقيس به العنب ؛ لأن كلاً منهما ربوي ، وذلك إن خرص ما على الشجر وكيل الآخر، لا إن وزن أحدهما وخرص الآخر.

هذا .. وتعرف أنواع البيوع الباطلة عند الحنابلة مما ذكرناه في شروط البيع .

المبحث الخامس ـ الخيارات

عرفنا سابقاً أن العقد اللازم هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله .

ومعنى الخيار: أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب ، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار التعيين[1] ، علماً بأن الأصل في البيع اللزوم ؛ لأن القصد منه نقل الملك ، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين .

عدد الخيارات :

ذكر الحنفية[2] سبعة عشر خياراً وهي خيار الشرط ، والرؤية ، والعيب ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والغبن مع التغرير، وهذه السبعة هي التي ذكرتها المجلة (م ٣٠٠ ـ ٣٦٠) ، وخيار الكمية ، والاستحقاق ، والتغرير الفعلي ، وكشف

---

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص٤٦٦ .

(٢) الدر المختار: ٤ / ٤٧ .

الحال ، وخيانة المرابحة والتولية ، وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع ، وإجازة عقد الفضولي ، وتعلق حق الغير بالمبيع بسبب كونه مستأجَراً أو مرهوناً .

وقال المالكية[1] : الخيار نوعان : خيار التروي أي التأمل والنظر للبائعين أو لغيرهما ، وهو الذي ينصرف إليه لفظ الخيار عند الإطلاق . وخيار نقيصة : وهو ما كان موجبه نقصاً في المبيع من عيب أو استحقاق ، ويسمى الحكمي ؛ لأنه جرَّ إليه الحكم .

وأما خيار المجلس : فهو باطل عندهم ، وهو رأي الفقهاء السبعة بالمدينة وأبي حنيفة ، ويتم البيع بالقول (الإيجاب والقبول) وإن لم يفترقا من المجلس . وأجازه الشافعي وابن حنبل وسفيان الثوري وإسحاق ، فإذا تم العقد ، فالعاقدان بالخيار مالم يفترقا من المجلس ، للحديث الصحيح المتقدم في بحث هذا الخيار في ركن البيع .

وقال الشافعية[2] : الخيار نوعان : خيار تشَهٍّ ، وخيار نقيصة . وخيار التشهي : ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع ، وسببه المجلس أو الشرط . وخيار النقيصة : سببه خُلْف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي ، ومنه خيار العيب ، والتصرية[3] ، والخلف ، وتلقي الركبان ، ونحو ذلك .

وبناء عليه ، الخيار المشروع عند الشافعية ستة عشر ، وهي ما يأتي :

١ ـ خيار المجلس ، لثبوت مشروعيته في الصحيحين .

٢ ـ خيار الشرط : وأكثر مدته ثلاثة أيام ، لثبوت ذلك في خبر البيهقي وغيره ،

---

(١) الشرح الكبير: ٩١/٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٧٢ـ٢٧٤ ، بداية المجتهد : ١٦٩/٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٤٣/٢ ، تحفة الطلاب : ص١٥٠ـ١٥٢ ، حاشية الشرقاوي : ٤٠/٢ـ٥٠ .

(٣) التصرية : ربط أخلاف (حلمات ثدي) الناقة أو ضرع الشاة ونحوها لتجميع أو حبس اللبن في الضرع ، فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن ، وهو أحد أمثلة التغرير الفعلي أو التغرير في الوصف .

فإن زاد عليها ، لم يصح العقد ؛ لأنه صار شرطاً فاسداً .

٣ ـ خيار العيب عند الاطلاع عليه ، سواء أكان موجوداً قبل البيع ، أم بعده وقبل القبض ، لثبوت ذلك في خبر الترمذي وغيره .

٤ ـ خيار تلقي الركبان إذا وجدوا السعر أغلى مما ذكره المتلقي ، لثبوته في خبر الصحيحين .

٥ ـ خيار تفرق الصفقة بعد العقد كتلف أحد المبيعين قبل القبض ، أو قبل العقد كبيع حلال وحرام إن جهل المشتري الحال .

٦ ـ خيار فقد الوصف المشروط في العقد : أي وصف يقصد ، ليخرج غيره كالزنا والسرقة ، فإنه لا خيار بفقده .

٧ ، ٨ ـ الخيار لجهل الغصب مع القدرة على انتزاع المعقود عليه من الغاصب ، دفعاً للضرر ، ولطريان العجز عن انتزاعه من الغاصب ، مع العلم بالغصب .

٩ ـ الخيار لجهل كون المبيع مكترى أو مزروعاً .

١٠ ـ الخيار للامتناع من الوفاء بالشرط الصحيح ، كشرط رهن أو كفيل في البيع .

١١ ـ الخيار للتحالف فيما إذا اتفقا على صحة العقد ، واختلفا في كيفيته ، فيفسخانه أو أحدهما أو الحاكم إن لم يتراضيا .

١٢ ـ الخيار للبائع لظهور زيادة الثمن في المرابحة : فلو قال البائع : اشتريت هذا بمائة ، وباعه بمائة ، وربح درهم لكل عشرة ، ثم زعم أنه كان اشتراه بمائة وعشرة ، وصدقه المشتري ، ثبت للبائع الخيار .

١٣ ـ الخيار للمشتري لاختلاط الثمرة المبيعة بالمتجددة قبل التخلية ، إن لم يهبه البائع ما تجدد .

١٤ ـ الخيار للعجز عن الثمن : بأن عجز عنه المشتري ، والمبيع باق عنده ، لثبوت ذلك في الصحيحين .

١٥ ـ الخيار لتغير صفة ما رآه قبل العقد ، وإن لم يكن عيباً .

١٦ ـ الخيار لتعيب الثمرة بترك البائع السقي بعد التخلية .

وقال الحنابلة[1] : الخيار ثمانية أنواع :

خيار المجلس ، والشرط ، والغبن ، والتدليس ، والعيب ، والخيانة ، وخيار اختلاف المتبايعين في الثمن ، والمؤجر والمستأجر في الأجرة ، وخيار تفرق الصفقة .

وسنبحث بعون الله تعالى بالتفصيل الخيارات الثلاثة المشهورة : وهي خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية . أما بقية الخيارات فنكتفي ببيانها الإجمالي ، علماً بأن خيار المجلس سبق الكلام عليه تفصيلاً .

١ً ـ خيار الوصف[2] ، أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه :

هو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه ، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد . مثاله أن يشتري شيئاً يشترط فيه صفقة معينة غير ظاهرة ، وإنما تعرف بالتجربة ، ثم يتبين عدم وجودها ، أو يشتري بقرة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، أو يشتري جوهرة على أنها أصلية ، فظهرت أنها تقليد صناعي للأصلية ، فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى ؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه ، يستحق في العقد بالشرط ، فإذا فات أوجب التخيير ؛ لأن المشتري ما رضي به دونه ، فصار كفوات وصف السلامة .

---

(١) كشاف القناع : ١٦٦/٣ ، ١٨٦ـ١٨٧ ، ١٩٠ ، ١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢١٧ ، ٢٢٤ ، ط مكة .

(٢) رد المحتار : ٤٩/٤ ، المجلة : م/٣١٠ـ٣١٢ ، فتح القدير : ١٣٥/٥ وما بعدها .

وأما سبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية : فهو لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، لكونها تابعة في العقد .

ودليل مشروعيته الأخذ باستحسان المصلحة على خلاف القياس . ويعده الشافعية والحنابلة داخلاً في خيار العيب .

وشروطه ثلاثة :

١ ـ أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً : فإذا كان حراماً لم يصح .

٢ ـ أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة : فإذا لم يكن مرغوباً فيه في العرف ، لغا الشرط ، وصح البيع ، ولا خيار ، مثل وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات ، فمن اشترى شيئاً على أنه ذكر فإذا هو أنثى ، صح البيع ولم يثبت الخيار .

٣ ـ ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة مفضية للمنازعة ؛ فإن فعل فسد البيع والشرط ، كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب كذا رطلاً يومياً ، فهذا شرط فاسد ؛ لأنه لا يمكن ضبطه .

أحكام هذا الخيار :

أ ـ يورث خيار الوصف ، فلو مات المشتري الذي له خيار الوصف ، فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف ، كان للوارث حق الفسخ .

ب ـ إذا تصرف المشتري الذي له خيار الوصف بالمبيع تصرف الملاك ، بطل خياره .

جـ ـ يثبت للمشتري الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن ، فإن هلك المبيع أو تعيب في يده ، فله الرجوع على البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه ، ويعرف ذلك بتقويم المبيع مع الوصف ، وبدون الوصف ، ويضمن المشتري الفرق بينهما .

٢ ـ خيار النقد[1] :

هو فرع عن خيار الشرط ، وهو أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين ، وهو ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما . فإن اشترى على هذا النحو على أنه إن لم ينقد (يدفع) الثمن إلى أربعة أيام ، لم يصح خلافاً لمحمد ؛ لأن هذه هي المدة المشروعة في خيار الشرط . وراعى محمد مصلحة العاقدين في اشتراطه إلى أي مدة كانت .

فإن نقد في مدة الثلاثة الأيام ، جاز باتفاق الحنفية ؛ لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط . وهو جائز أيضاً عند الحنابلة كشرط الخيار ، لكن ينفسخ البيع عندهم إن لم ينقد المشتري الثمن في المدة أو هو أن يشترط البائع على المشتري أنه إذا رد الثمن إلى المشتري في مدة ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، فله وجهان إذاً .

والفرق بينه وبين خيار الشرط : أن الأصل في خيار الشرط اللزوم ، فإذا انتهت المدة المشروطة دون فسخ ، لزم . أما خيار النقد فالأصل فيه عدم اللزوم ، فإذا لم ينقد الثمن في الثلاث فسد البيع إذا بقي المبيع على حاله ، ولا ينفسخ ، بدليل أن المشتري يتملك المبيع بالقبض . وعند الحنابلة : ينفسخ البيع ، وقد أجازه الحنفية عدا زفر ؛ لأنه داخل في خيار الشرط ، ولم يجزه زفر ؛ لأنه شرط ليس من مقتضى العقد ، وفيه مصلحة لمن شرط له .

حكم سقوطه :

١ ـ إذا مات المشتري المخير بخيار النقد في أثناء مدة الخيار ، بطل البيع .

٢ ـ إذا تصرف المشتري بالمبيع بالبيع ونحوه في مدة الخيار ، قبل أن ينقد الثمن ،

(١) المبسوط : ١٣/ ٥٠ ، فتح القدير مع العناية : ٥/ ١١٤ وما بعدها ، رد المحتار والدر المختار : ٤/ ٥١ ، المجلة : م/ ٣١٣ـ٣١٥ ، كشاف القناع : ٣/ ١٨٤ .

سقط خياره، وصح بيعه ولزم، ولزم المشتري نقد الثمن .

٣ ـ إذا أتلف المشتري أو الأجنبي المبيع في مدة الخيار بعد القبض، سقط به الخيار، للعجز عن الرد .

٤ ـ إذا أحدث المشتري في المبيع عيباً يمنع رده للبائع، ولم ينقد الثمن، سقط الخيار، ويخير البائع حينئذ بين أخذ المبيع ناقصاً، ولا شيء له من الثمن، وبين تركه وأخذ الثمن .

٣ ـ خيار التعيين[١] :

هو أن يتفق العاقدان على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين إلى أجل، على أن يكون حق تعيينه لأحدهما، مثل أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيها شاء، على أنه بالخيار ثلاثة أيام .

وله وجهان كخيار النقد : إما أن يأخذ المشتري أحد الأشياء المبيعة بالثمن الذي بينه له البائع لكل واحد، أو يعطي البائع أي واحد أراد من الأشياء المعينة، وله أن يلزم المشتري به إلا إذا تغيب فلا يلزمه إلا بالرضا . ولو هلك أحدهما كان له أن يلزمه بالباقي .

وقد أجازه الحنفية استحساناً لحاجة الناس إليه، بالرغم من الجهالة، عملاً بالمصلحة والعرف للحاجة إلى اختيار ما هو الأوفق والأرفق، وأبطله الشافعية والحنابلة للجهالة .

والأصح عند الحنفية أنه لا يشترط اقترانه بخيار الشرط، وإنما يجوز للعاقدين ذلك .

شروطه : اشترط الحنفية لهذا الخيار شروطاً هي ما يأتي :

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٥/١٢٥، ١٣٠، رد المحتار : ٤/٦٠ وما بعدها، المجلة : م٣١٦ـ٣١٩ .

١ ـ أن يكون التخيير على شيء من اثنين أو ثلاثة فقط : فإذا كان على شيء من أربعة لم يجز ؛ لأن الحاجة في الثلاثة ، لانقسام الأشياء إلى جيد ووسط ورديء .

٢ ـ أن يوافق البائع صراحة على خيار التعيين : بأن يقول للمشتري : بعتك أحد الشيئين أو الثلاثة على أنك بالخيار في واحد منها ، فإن لم يوافق على ذلك ، فسد البيع للجهالة .

٣ ـ أن يكون البيع في القيميات كأنواع الألبسة والمفروشات ، لا في المثليات كالكتب المطبوعة الجديدة ، لعدم الفائدة في التخيير بينها لعدم تفاوتها .

٤ ـ أن تكون مدته كمدة خيار الشرط : وهي ثلاثة أيام عند أبي حنيفة ، وأي مدة معلومة كانت عند الصاحبين .

أحكامه :

أ ـ يلزم البيع في واحد غير معين من أفراد المبيع المتفق عليها ، ويلزم صاحب الحق في الخيار أن يعين الشيء الذي يأخذه في انقضاء المدة التي عينت ودفع ثمنه .

ب ـ يورث هذا الخيار عند الحنفية ، بخلاف خيار الشرط ، فلو مات من له الخيار قبل التعيين ، يكون الوارث مجبراً أيضاً على تعيين أحد المبيعات ودفع ثمنه .

جـ ـ هلاك أو تعيب أحد الأشياء أو كلها :

إذا هلك أحد المبيعين تعين الآخر مبيعاً ، وكان الباقي أمانة في يد المشتري . وإذا هلك المبيعان معاً ، ضمن المشتري نصف ثمن كل منهما لعدم التعيين ، وإن هلك المبيعان على التعاقب ، تعين الأول مبيعاً . فلو اختلف العاقدان في الهالك أولاً ، فالقول للمشتري بيمينه ، وبينة البائع أولى .

والتعيب كالهلاك في الأحوال المذكورة . ولو باع المشتري المبيعين ثم اختار أحدهما ، صح بيعه فيه . والمبيع مضمون بالثمن ، وغيره أمانة .

٤ ـ خيار الغبن[1] :

هذا الخيار مشروع عند الحنفية إذا اشتمل الغبن على تغرير، فيسمى خيار الغبن مع التغرير: وهو أن يغرر البائع المشتري أو بالعكس تغريراً قولياً وهو التغرير في السعر، أو تغريراً فعلياً وهو التغرير في الوصف، ويكون الغبن فاحشاً: وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. أما الغبن اليسير: وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يؤثر، إذ لا يتحقق كونه زيادة، أما الفاحش فزيادته متحققة[2]. فيثبت حينئذ حق إبطال العقد دفعاً للضرر عنه.

والتغرير القولي في السعر: كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر: يساوي هذا الشيء أكثر ولا تجد مثله، أو دفع لي فلان فيه كذا، وكل ذلك كذب.

والتغرير الفعلي في الوصف: يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية ما غير حقيقية، كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بجعل الجيد منها في الأعلى، وجعل الرديء منها في الأسفل. ومنه التصرية: جمع اللبن في الضرع، وهي حرام، توجب الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة. أما تدليس العيب: وهو كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة، فهو المسمى عندهم خيار العيب.

وحكمه: إعطاء المغبون المغرور حق خيار فسخ العقد دفعاً للضرر عنه، نظراً لعدم تحقق رضاه، بسبب التغرير والغبن الفاحش. وإذا مات المغرور بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

ويسقط حق المغرور في الفسخ للمشتري إذا تصرف في المبيع بعد أن اطلع على

---

(١) رد المحتار: ٤/٤٧، المجلة: م/٢٥٦ ـ ٣٦٠.

(٢) البدائع: ٦/٣٠.

الغبن الفاحش ، أو بنى بناء في الأرض المشتراة ، أو إذا هلك المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب .

وقال الحنابلة[1] : هناك خيار غبن ، وخيار تدليس ، وخيار عيب .

أما **خيار الغبن** عند الحنابلة فيثبت في ثلاث صور :

إحداها ـ تلقي الركبان : وهم القادمون من السفر بجلوبة : (وهي ما يجلب للبيع) وإن كانوا مشاة ، وهو عند الجمهور : يحرم ، وقال الحنفية : يكره ، ولو كان تلقيهم بغير قصد التلقي لهم . فإذا اشترى المتلقي منهم أو باعهم شيئاً ، ثبت لهم الخيار إذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة ، لقوله عليه السلام : « لاتلقوا الجَلَب فمن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى السوق ، فهو بالخيار »[2] .

والثانية ـ النجش : وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها . وهو حرام ، لما فيه من تغرير المشتري وخديعته ، فهو في معنى الغش ، ويثبت للمشتري بالنجش الخيار إذا غبن غبناً غير معتاد .

ولا يتم النجش إلا بحذق من زاد في السلعة ، وأن يكون المشتري جاهلاً ، فلو كان عارفاً واغتر بذلك ، فلا خيار له لعجلته وعدم تأمله .

فإن زاد من لا يريد الشراء بغير مواطأة مع البائع ، أو زاد البائع في الثمن بنفسه ، والمشتري لا يعلم ذلك ، فيخير المشتري لوجود التغرير بين رد المبيع وإمساكه .

الثالثة ـ بيع المسترسل أو إجارته : وهو الجاهل بالقيمة ، من بائع ومشتر ، ولا يحسن المماكسة . فله الخيار إذا غبن غبناً غير معتاد . ويقبل قوله بيمينه أنه جاهل

---

(١) المغني : ٤/١٣٤ـ١٤٢ ، كشاف القناع : ٣/١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ط مكة .

(٢) رواه مسلم من حديث أبي هريرة .

بالقيمة ، ما لم تكن قرينة تكذبه في دعوى الجهل ، فلا تقبل منه .

وخيار الغبن كخيار العيب على التراخي عندهم .

وأما **خيار التدليس** : فهو بسبب التغرير ، والعقد معه صحيح ، والتدليس حرام وهو نوعان :

أحدهما ـ كتمان العيب . ويسمى هذا عند الحنفية خيار العيب .

والثاني ـ فعل يزيد به الثمن ، وإن لم يكن عيباً ، كجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها للبيع ، ليزيد دورانها بإرسال الماء بعد حبسه ، فيظن المشتري أن ذلك عادتها ، فيزيد في الثمن . ومنه تحسين وجه الصبرة (الكومة) ، وصقل السكاف وجه الحذاء ، وتصنع النساج وجه الثوب ، والتصرية أي جمع اللبن في ضرع بهيمة الأنعام ، ونحو ذلك . وهذا النوع هو المسمى عند الحنفية بالتغرير الفعلي في الوصف .

والتدليس بنوعيه يثبت للمشتري خيار الرد إن لم يعلم به ، أو الإمساك ، لقوله عليه السلام : « لاتصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها ، وصاعاً من تمر »[1] . وغير التصرية من التدليس ملحق بها .

وقد أخذ الجمهور وأبو يوسف بمضمون هذا الحديث : وهو التخيير بعد الحلب بين إمساك المبيع إن رضيه ، وبين رده مع صاع من تمر إن سخطه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يرجع المشتري بالنقصان فقط إن شاء .

وأما **خيار العيب** عند الحنابلة : فهو بسبب نقص عين المبيع ، كخصاء ، ولو لم تنقص به القيمة ، بل زادت ، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار ، وإن لم تنقص عينه .

---

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة مرفوعاً .

٥ـ خيار كشف الحال[1] :

وهو أن يشتري شيئاً بوزن غير معلوم القـدر، أو بكيل غير معلوم المقـدار، كأن يشتري بوزن هذا الحجر ذهباً، أو هذه الصبرة (الكومة) كل صاع بكذا، يصح البيع في الحالتين، ويكون للمشتري الخيار: إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه.

٦ـ خيار الخيانة[2] :

هو الذي يثبت في بيوع الأمانة من تولية أو شركة أو مرابحة أو وضيعـة إذا أخبر البائع المشتري بزيادة في الثمن أو نحو ذلك، كإخفاء تأجيله، ثم يظهر كذبه أو خيانته بإقرار أو برهان على ذلك، أو بما عند الحنفية أيضـاً بنكول عن اليمين. ويخير المشتري بسبب ذلك عند الحنفية والمالكيـة بين أخـذ المبيع بكل ثمنـه، أو رده لفوات الرضـا، وله الحط من الثمن قدر الخيانة في التولية.

وقال الشافعية في الأظهر والحنابلة: لا خيار للمشتري بسبب الخيانـة، وإنمـا لـه الحط من الثمن مقدار الخيانة.

٧ـ خيار تفرق الصفقة[3] :

هو الذي يثبت للمشتري بسبب تجزئة المبيع، فيكون لـه الخيـار بين فسخ البيع واسترداد الثمن كله إن دفعه، أو أخذ باقي المبيع مع حسم ما يقابل العيب أو الهلاك من الثمن. وله صور متعددة.

فيثبت عنـد الحنفيـة بهلاك أو تعيب بعض المبيع بيـد البـائـع قبـل قبض

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٧.

(٢) ابن عابدين: ٤/ ٤٧، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ١٦٨ وما بعدها، مغني المحتـاج: ٢/ ٧٩، كشـاف القنـاع: ٣/ ٢١٧ وما بعدها.

(٣) ابن عابدين: ٤/ ٤٧، الشرح الكبير مع الـدسوقي: ٣/ ٤٦٩، القوانين الفقهيـة: ص٢٦٠، مغني المحتـاج: ٢/ ٤٠، المهذب: ١/ ٢٦٩، المغني: ٤/ ٢٣٨، كشاف القناع: ٣/ ١٦٦ وما بعدها، ٢٩١.

المشتري ،ومجمل حكم الهلاك : أنـه إن كان بـآفـة سماويـة أو بفعل البـائع يبطل البيع ، وإن كان بفعـل أجنبي يتخير المشتري إن شـاء فسـخ البيـع ، وإن شـاء أجـاز ، وضمَّن المستهلك .

وقال المالكية : يثبت هذا الخيار في حالة كون المبيع معيباً ، أو استحقـاق بعض مبيع متعـدد اشتري صفقـة واحـدة ، فـإن كان وجـه الصفقـة نقضت ، ولا يجـوز لـه التمسك بالبـاقي ، وإن كان غير وجهها ، جـاز التمسـك بـه ، وأخـذ البـاقي بـالتقويم ، لا بنسبته من الثمن المسمى ، فيقال : ما قيمة هذا الباقي ؟ فإذا قيل : ثمانيـة ، قيل : ومـا قيمـة المستحق أو المتعيب ؟ فـإذا قيل : اثنـان ، رجع المشتري على بـائعـه بخمس الثمن الذي دفعه له .

وقال المالكية أيضاً : إذا اشتملت الصفقـة على حلال وحرام كالعقـد على سلعـة ، وخمر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة ، ولو باع الرجل ملكه وملـك غيره في صفقـة واحـدة ، صح البيع فيهما ، ولزمـه في ملكـه ، وتوقف اللـزوم في ملـك غيره على إجازته .

وذكر الشافعية لتفريق الصفقة وتعددها ثلاثة أقسام :

الأول ـ إذا باع شخص في صفقة واحدة حلالاً وحراماً كشاة مـذكاة وميتـة ، أو خـل وخمر ، أو شـاة وخنزير ، أو شيئـاً لـه وشيئـاً لغيره ، أو شيئـاً مشتركاً بغير إذن الشريك الآخر ، صح البيع في الحلال المملوك له ، وبطل في غيره في الأظهر ، إعطـاءً لكل منهما حكمـه . ويكون الخيـار للمشتري إن جهل الحـال لضرر التبعيض بين أخـذ حصـة الحـلال من الثمن المسمى بـاعتبـار قيمـة كل منهما أي من الحـلال والحرام ، أو أن يفسخ البيع . ولا خيار للبائع ؛ لأنـه المفرط في البيع ببيع مـا لا يملكـه ، وبـالطمع في ثمن ما لا يستحقه .

الثاني ـ إذا باع شخص متاعين مثلاً ، فتلف أحدهما قبل قبضه ، انفسخ البيع في

التالف ، ولم ينفسخ في الآخر على المذهب ، بل يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة ، فإن أجاز أخذ الباقي بالحصة من المسمى باعتبار قيمته وقيمة التالف ؛ لأن الثمن قد توزع عليهما في مبدأ البيع ، فلا يتغير بهلاك أحدهما .

الثالث ـ لو جمع في صفقة عقدين مختلفي الحكم كإجارة وبيع ، مثل : آجرتك داري شهراً ، وبعتك ثوبي هذا بدينار ، وكإجارة وسلم مثل : آجرتك داري شهراً وبعتك صاع قمح في ذمتي سلماً بكذا ، صح العقدان في الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمة المعقود عليهما ، أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة ، وقيمة المبيع أو المسلم فيه .

وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن من البائع : كبعتك ذا بكذا ، وذا بكذا . وبتعدد البائع : كبعناك هذا بكذا ، والمبيع مشترك بينهما .

وكذا بتعدد المشتري : كبعتكما هذا بكذا ، في الأظهر .

والخلاصة : أن في تفريق الصفقة قولين عند الشافعية ، أظهرهما ـ أن البيع يبطل فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ؛ لأنه ليس بطلانه فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما ، لصحته في أحدهما ؛ فبطل حمل أحدهما على الآخر ، وبقيا على حكمها ، فصح فيما يجوز ، وبطل فيما لا يجوز . والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق ، فيبطل العقد فيهما .

وقال الحنابلة : معنى تفريق الصفقة : أي تفريق ما اشتراه في عقد واحد : وهو أن يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه ، صفقة واحدة بثمن واحد . ولهذا الجمع ثلاث صور :

إحداها ـ أن يبيع شخص معلوماً ومجهولاً تجهل قيمته أي يتعذر علمه ، فلا مطمع في معرفته ، مثل : بعتك هذه الفرس ، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بكذا ، فلا يصح البيع فيهما ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته ، والمعلوم مجهول الثمن ،

ولا سبيل إلى معرفتـه ؛ لأن معرفتـه إنمـا تكون بتقسيـط الثمن عليهما ، وحمـل الفرس لا يمكن تقو يمه ، فيتعذر التقسيط .

الثانيـة ـ أن يبيع شخص مشـاعـاً بينـه وبين غيره بغير إذن شريكـه ، فيصح البيع في نصيبه بقسطه ، كما قال الشافعيـة في القسم الأول ، وللمشتري الخيـار بين الرد والإمساك إذا لم يكن عالمـاً بـأن المبيع مشترك بينـه وبين غيره ؛ لأن الشركـة عيب . فإن كان عالماً فلا خيار له ولا للبـائع أيضـاً . وللمشتري الأرش إن أمسـك فيما ينقصـه التفريق ، كزوج خف .

الثالثة ـ أن يبيع رجل متاعه ومتاع غيره بغير إذنـه صفقـة واحـدة ، أو يبيع خلاً وخمراً صفقة واحدة ، فيصح البيع في متاعه بقسطـه دون متـاع غيره ، ويصح في الخل بقسطه من الثمن ، فيوزع على قدر قيمة المبيعين ليعلم ما يخص كلاً منهما . ويقـدر الخمر إذا بيع مع الخلّ خلاً ، ليقسط الثمن عليهما . ولا خيار للبائع . وهذه الصورة ومـا قبلها هي النوع الأول عند الشافعية .

وقال الحنـابلـة أيضـاً : إذا وقع العقـد على مكيل أو موزون ، فتلف بعضـه قبل قبضه ، لم ينفسخ العقد في الباقي ، رواية أخرى ، ويـأخـذ المشتري البـاقي بحصتـه من الثمن .

٨ـ خيار إجازة عقد الفضولي[(١)] :

هو الخيار الثابت للمالك إذا باع غيره لـه سلعـة بغير أمره ، ويعـد البيع موقوفـاً عند الحنفية والمـالكيـة ، ويخير المـالـك بين إجـازة العقـد فيصبح نـافـذاً ، وبين رده فيبطل .

---

(١) ابن عابدين : ٤/ ٤٧ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٦٠ .

٩ـ خيار تعلق حق الغير بالمبيع[1] :

هو الخيار الثابت لمن له حق في المبيع من دائن مرتهن أو مستأجر، فإذا اشترى رجل داراً ثم ظهر أنها مرهونة أو مؤجرة، خير بين الفسخ وعدمه، دفعاً للضرر عن نفسه، حتى ولو كان عالماً بذلك في ظاهر الرواية، وهو الصحيح وعليه الفتوى.

فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يجز ثبت الخيار له بين الانتظار حتى نهاية مدة الإجارة وفكاك الرهن، أو الفسخ.

١٠ـ خيار الكمية للبائع[2] :

هو أن يشتري إنسان بما في هذه الخابية أو الوعاء أو اليد ونحوها، ولا يعرف البائع شيئاً عن الموجود كمية ونوعاً، فيكون البائع بعد فتح الخابية أو الوعاء أو اليد مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه بعد رؤية الثمن. وهذا يسمى عند الحنفية خيار كمية، لا خيار رؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود.

١١ـ خيار الاستحقاق[3] :

هو الخيار الثابت للمشتري بسبب استحقاق المبيع كله أو بعضه، وتفصيله عند الحنفية: إن كان استحقاق المبيع قبل قبض الكل خير في الكل، وإن كان استحقاقه بعد القبض خيِّر في الشيء القيمي، لا في المثلي كالمكيل والموزون. وإن كان الاستحقاق لبعض المبيع قبل القبض، يبطل العقد في الجزء المستحق، ويخير المشتري في أخذ الجزء الباقي بحصته من الثمن أو رده.

وإن كان الاستحقاق لبعض المبيع بعد القبض، يبطل البيع في الجزء المستحق

---

(١) ابن عابدين: ٤/ ٤٨.

(٢) ابن عابدين: ٤/ ٤٧.

(٣) المرجع والمكان السابق.

أيضاً، وأما الجزء الباقي فيخير المشتري في قبول الباقي بحصته من الثمن إن أضره التبعيض كالثوب والدار، ويلتزم بالباقي إن لم يضره التبعيض كالمكيل والموزون.

وذلك كله إن لم يجز المستحق البيع، فإن أجازه، لزم البيع، إذ لا ضرر بالتبعيض.

١٢ ـ خيار الشرط

خطة الموضوع:

الكلام في خيار الشرط في المواضع الآتية:

المطلب الأول ـ الخيار المفسد والخيار المشروع.
المطلب الثاني ـ مدة الخيار المشروع.
المطلب الثالث ـ طرق إسقاط الخيار.
المطلب الرابع ـ حكم العقد في مدة الخيار.
المطلب الخامس ـ كيفية الفسخ والإجازة.

المطلب الأول ـ الخيار المفسد للبيع والخيار المشروع:

الخيار المفسد: اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة في الصحيح من مذهبهم على أن العاقدين إذا ذكرا الخيار مؤبداً، كأن يقول أحدهما: «بعت، أو اشتريت على أني بالخيار أبداً» أو ذكرا الخيار مطلقاً، كأن يقول أحدهما: «على أني بالخيار أو متى شئت» أو ذكرا وقتاً مجهولاً كقدوم زيد، أو هبوب ريح، أو نزول مطر، أو أياماً، فإن العقد غير صحيح لوجود الجهالة الفاحشة.

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا: العقد باطل[1]. وقال الحنفية: العقد فاسد

---

(١) المهذب: ١ ص٢٥٩، المغني: ٣ ص٥٨٩.

فقط ، فإذا أسقط الشرط قبل مضي مدة ثلاثة أيام ، أو حذف الزائد ، أو بينت مدة الخيار ، صح البيع ، لزوال المفسد[1] .

استدل الشافعية والحنابلة : بأن مدة الخيار حينئذ ملحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة ، كما لا تجوز جهالة الأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً ونحوه يقتضي المنع من التصرف على الأبد ، وهو ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتك بشرط ألا تتصرف .

واستدل الحنفية بنحوه فقالوا : إن شرط الخيار مغير لمقتضى العقد بحسب الأصل ، إلا أنا أجزناه بنص حديث حبان بن منقذ الذي حدد فيه الخيار بثلاثة أيام ، فبقي ما عدا المنصوص عليه موافقاً لمقتضى الأصل .

وقال مالك وأحمد في رواية عنه : يجوز الخيار المطلق ، إلا أن الإمام أحمد قال فيه : « وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعاه ، أو تنتهي مدته » . وقال الإمام مالك : السلطان يحدد له مدة كمدة خيار مثله في العادة ؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدَّر في العادة ، فإذا أطلق الخيار حمل على المعتاد ، ويفسد البيع عند المالكية إذا وقع بشرط مدة زائدة على مدته بكثير « أي بعد يوم » أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء أو يقدم زيد[2] .

الخيار المشروع : وهو أن يذكر وقت معلوم ، وسيأتي الخلاف فيه بين الفقهاء ، وقد ثبتت مشروعية خيار الشرط بحديث حبان بن منقذ الذي كان يغبن في البيع والشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال : « إذا بايعت فقل :

---

(١) البدائع : ٥ ص١٧٤ ، رد المحتار : ٤ ص٤٩ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ ص٩٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص٢٠٨ .

لا خلابة[1] وليَ الخيار ثلاثة أيام » ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن[2] . وخيار الشرط مشروع عند جمهور الحنفية ، سواء أكان الشرط للعاقد أم لغيره لتحقيق حاجة الناس . وقال زفر : لا يجوز لغير العاقد . ولا يجوز الخيار والأجل في البيوع التي فيها الربا : وهي عقد الصرف ، وبيع المكيل والموزون عند الحنفية ، والطعام بالطعام عند الشافعية ، لأنه يشترط فيها القبض قبل التفرق بالأبدان ، وذكر الخيار أو الأجل ينافي القبض[3] .

المطلب الثاني - آراء الفقهاء في مدة الخيار المشروع

قال أبو حنيفة وزفر والشافعي : يجوز شرط الخيار في مدة معلومة لا تزيد على ثلاثة أيام ؛ لأن الأصل امتناع الخيار ، لكونه مخالفاً لوضع البيع ، فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه ، إلا أنه ثبت على خلاف هذا الأصل بحديث حبان بن منقذ السابق ذكره ، والذي رواه ابن عمر ، وبحديث أنس : « أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً ، واشترط عليه الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع ، وقال : « الخيار ثلاثة أيام »[4] ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالباً ، فلو زاد عليها فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر ، ولكنه يعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا أجاز من له الخيار في الثلاثة ، لزوال المفسد قبل أن يتقرر الفساد ، وعند زفر : الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال .

ويبطل العقد عند الشافعي « بخلاف ما ذكر في تحفة الفقهاء » . وكونه لا يجوز أكثر من ثلاثة ، لأنه غرر ، وفيما دون الثلاث رخصة ، فلا يجوز الزيادة عليها ، وفي

---

(١) أي لا خديعة ولا غبن ، أي لا يحل لك خديعتي ، أو لا تلزمني خديعتك ، وقد سبق تخريجه وروايته عند الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبي داود والنسائي والموطأ عن ابن عمر (انظر تحفة الفقهاء بتخريج وتحقيق أحاديثها للمؤلف مع الأستاذ الكتاني : ٢ ص٨٢) .

(٢) سبل السلام : ٣ ص٣٥ ، البدائع : ٥ ص١٧٤ ، المنتقى على الموطأ : ٥ ص١٠٨ .

(٣) فتح القدير : ٥ ص٣٧٢ ، المهذب : ١ ص٢٥٨ .

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة عبد الرزاق ، وأعله بأبان بن أبي عياش ، وقال : إنه لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلاً صالحاً (انظر نصب الراية : ٤ ص٨) .

الجملة : إن الخيار ينافي مقتضى البيع لولا ثبوته بالشرع(١) .

وقال الصاحبان والحنابلة : يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب ما يتفق عليه البائع والمشتري من المدة المعلومة ، قلّت مدته أو كثرت . ودليلهم ما روي أن ابن عمر «أجاز الخيار إلى شهرين»(٢) ولأن الخيار حق يعتمد الشرط ، فرجع في تقديره إلى مشترطه ، كالأجل . وبعبارة أخرى : إن مدة الخيار ملحقة بالعقد ، فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل(٣) .

وقال المالكية : يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة ، ويختلف ذلك باختلاف الأمور ، فالفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم ، والثياب أو الدابة : ثلاثة أيام ، والأرض التي لا يمكن الوصول إليها في ثلاثة أيام يجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ، والدار ونحوها تحتاج مدة شهر .

ودليلهم أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان الأمر كذلك ، وجب أن يكون الخيار محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع ، وهو يختلف بحسب المبيعات ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى ، وهو أن الخيار لحاجة العاقد ، فيقدر بها ، فيكون النص عندهم من باب الخاص أريد به العام(٤) .

وعند الشافعية وأبي حنيفة وزفر من باب الخاص أريد به الخاص . وتبدأ مدة الخيار عند العقد .

---

(١) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص٤٠ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص١٧٤ ، فتح القدير : ٥ ص١١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص٤٧ .

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً (انظر نصب الراية : ٤ ص٨) .

(٣) المغني : ٣ ص٥٨٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص٣٠ ، المبسوط : ١٣ ص٤١ ، فتح القدير : ٥ ص١١١ ، البدائع : ٥ ص١٧٤ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص٢٠٧ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص٩١ ، ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص٢٧٣ .

حكم الغاية في مدة الخيار :

قال أبو حنيفة : إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، فيدخل الليل والغد في مدة الخيار ؛ لأن المقصود من الغاية هنا هو إخراج ما بعدها من حكم ما قبلها ، كما في قوله تعالى : ﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ بدليل أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلها[١] .

وقال الصاحبان والمالكية والشافعية والحنابلة : لا يدخل الليل أو الغد في مدة الخيار لأن لفظ « إلى » موضوع لانتهاء الغاية ، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها ، كما في قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ والأصل هو حمل اللفظ على موضوعه ، فكأن واضع اللغة قال : متى سمعتم هذه اللفظة ، فافهموا منها انتهاء الغاية[٢] .

المطلب الثالث ـ طرق إسقاط الخيار :

العقد الذي فيه الخيار عقد غير لازم ، ويصبح لازماً إذا سقط الخيار بعد ثبوته ، وطرق الإسقاط ثلاثة :

١ ـ **الإسقاط الصريح :** هو أن يقول صاحب الخيار : أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع أو رضيت به ، ونحوها ، فيبطل الخيار ، سواء علم المشتري بالإجازة أو لم يعلم ؛ لأن الخيار شرع للفسخ ، فإذا سقط يبطل الخيار رجوعاً إلى الأصل في العقد : وهو لزومه ونفاذه .

وكذلك يسقط الخيار إذا قال من له الحق فيه : « فسخت العقد ، أو نقضته ، أو أبطلته » لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة ، فأيهما وجد سقط الخيار[٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص٢٦٧ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٣ ص٥٨٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص٣١ ، الميزان للشعراني : ٢ ص٦٤ ، البدائع ، المرجع السابق .

(٣) البدائع : ٢٦٧/٥ ، ٢٧١ .

٢ـ **الإسقاط دلالة :** وهو أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إجازة البيع وإثبات الملك ، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة[١] .

وبناء على هذا :

إذا كان الخيار للمشتري ، والمبيع في يده ، فعَرَضه على البيع ، يبطل خياره ، لأن عرض المشتري المبيع على البيع معناه اختيار التملك وهو يكون بابطال الخيار .

وإذا كان الخيار للبائع فعَرَضه على البيع ، فالأصح من الروايتين عن أبي حنيفة : أن يكون إسقاطاً للخيار ، لأنه دليل على اختيار إبقاء الملك في المبيع .

وكذلك يسقط خيار المشتري إذا باع الشيء الذي اشتراه أو رهنه أو وهبه ـ سلم أو لم يسلم ـ أو آجره ؛ لأن نفاذ هذه التصرفات مختص بقيام الملك ، فيكون الإقدام عليها دليلاً على قصد إبقاء الملك ، وهو يتم بإجازة البيع .

ويسقط الخيار أيضاً بهذه التصرفات في الثمن إذا صدرت من البائع الذي له الخيار ؛ إذ أنه لا تصح هذه التصرفات إلا بعد نقض التصرف الأول .

إلا أن هناك فرقاً بين البائع والمشتري بالنسبة لتسليم الهبة والرهن ، فإنه إذا كان الخيار للبائع لا يسقط في الهبة والرهن إلا بعد التسليم بخلاف المشتري كما عرفنا[٢] .

وأما الإجازة فلا فرق فيها بين البائع والمشتري ، فإنها تسقط الخيار من غير شرط القبض ، لأنها عقد لازم ، بخلاف الرهن والهبة قبل القبض ، فإنهما عقدان غير لازمين .

ومن مسقطات الخيار دلالة : أن يُسكن المشتري الدار المبيعة رجلاً بأجر أو بغير أجر ، أو يرمم شيئاً منها بالتطيين أو التجصيص ، أو يحدث فيها بناء أو يهدم شيئاً منها ؛ لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك .

---

(١) البدائع : ٢٧٢/٥ .

(٢) البدائع : ٢٦٧/٥ ، تحفة الفقهاء : ج ٩٥/٢ .

ومن مسقطات الخيار دلالة أيضاً : أن يسقي المشتري الزروع والثار أو يحصدها أو يقطع منها شيئاً لدوابه ، لأنه يعد إجازة للبيع واختياراً للتملك كما ذكرنا[1] .

أما ركوب الدابة لسقيها أو لردها على البائع ، فلا يسقط الخيار استحسانا ؛ لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب ، ويسقط قياساً ، لأن الركوب دليل اختيار الملك .

وكذا ركوب الدابة لينظر إلى سيرها وقوتها ، لا يسقط الخيار .

وكذا أيضاً لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه لا يسقط الخيار ، لاحتياجه إلى التجربة والاختبار ، أما لبسه ثانية لنفس الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

وركوب الدابة مرة ثانية لمعرفة العَدْو أو لمعرفة سير آخر كمشي الهملاج (أي السير السهل) لا يسقط الخيار أيضاً ، أما ركوبها لمعرفة الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

ويرى بعض مشايخ الحنفية أن ركوب الدابة للمرة الثانية لنفس الغرض الأول : لا يسقط الخيار ؛ لأن الاختبار لا يحصل بالفعل مرة ، لاحتمال وقوع ذلك صدفة ، فيحتاج إلى معرفة العادة الثابتة ، بخلاف الثوب : فإن الغرض يحصل بالمرة الواحدة[2] .

٣ ـ إسقاط الخيار بطريق الضرورة :

يسقط الخيار ضرورة بأمور :

١ ـ **مضي مدة الخيار :** يسقط الخيار بمضي مدته دون اختيار فسخ العقد ، لأن الخيار مؤقت بها ، فيبقى العقد بلا خيار ، فيصبح لازماً[3] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ١٠٠/٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٧٠/٥ .

(٢) تحفة الفقهاء : ١٠١/٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٧٠/٥ .

(٣) البدائع : ٢٦٧/٥ .

وكذلك قال الشافعية والحنابلة : يسقط الخيار إذا انقضت مدته ، ولم يفسخ أحدهما العقد ويصبح لازماً ؛ لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل ، ولأن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة المشروطة ، والشرط سبب الخيار ، فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولأنه حكم مؤقت ، فصار بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولأن البيع يقتضي اللزوم ، وإنما تخلَّف موجبه بالشرط ، ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لعدم وجود ما ينافي مقتضى العقد كما لو أمضوا العقد[1] .

وقال الإمام مالك : لا يلزم البيع بمضي المدة بل لا بد من اختيار أو إجازة ، لأن مدة الخيار جعلت حقاً لصاحب الخيار لا واجباً عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان ، كمضي الأجل في حق المولى بالنسبة للمكاتب ، لا يلزم المولى بالعتق بمجرد مضي المدة[2] .

٢ ـ موت المشروط له الخيار :

إذا مات المشروط له الخيار ، يسقط الخيار ، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري ، أو لهما ، ويصير العقد لازماً ، لأنه وقع العجز عن الفسخ ، فيلزم ضرورة ، وقد اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين ، ولا يورث خيار الإجازة في بيع الفضولي ، ولا خيار الرؤية على الصحيح ، كما لا يورث الأجل[3] وكذلك لا يورث خيار القبول عند الحنفية والمالكية ، ويورث خيار المجلس عند الشافعية[4] ، فلو مات من له الخيار أو أغمي عليه في المجلس لم يبطل خياره ، بل

(١) الميزان : ٦٤/٢ ، المغني : ٥٩١/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٩٥/٣ ، ٩٨ .

(٣) البدائع : ٢٦٨/٥ ، بداية المجتهد : ٢٠٩/٢ .

(٤) المجموع للنووي : ١٩٦/٩ ، حاشية الباجوري : ١٦٠/١ .

ينتقل إلى وارثه والناظر في أمره . وقال الحنابلة : ينقطع هذا الخيار بالموت لا بالجنون والإغماء[1] .

أما خيار الشرط فاختلفوا في إرثه :

فقال الحنفية : لا يورث خيار الشرط ، وإنما يسقط بموت المشروط له ، كما بينا ؛ لأن الوارث يستحق الباقي بعد موت المورِّث ، وخيار المورِّث لا يبقى بعد موته ؛ لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة ، ولا يتصور ذلك منه بعد موته ، فلا يورث ، بخلاف خيار العيب والتعيين لأن الموروث هناك محتمل للإرث وهو العين المملوكة ، أما الخيار فهو عرض لا يبقى[2] .

والخلاصة : أن خيار القبول والإجازة في بيع الفضولي والأجل وخيار الشرط لا يورث . أما خيار العيب والتعيين والقصاص وخيار الرؤية وخيار الوصف وخيار التغرير ، فإنه يورث[3] .

وقال الحنابلة : المذهب أن خيار الشرط يبطل بموت صاحبه ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته في مدة الخيار ، فيكون حينئذ لورثته[4] .

وقال المالكية والشافعية : إذا مات صاحب الخيار : فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ لأن الخيار حق ثابت لضمان صلاحية المال المشترى ، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن ونحوها من الحقوق المالية ، فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق فسخٍ للبيع ، فينتقل إلى الوارث كالرد

---

(١) غاية المنتهى : ٣٠/٢ .

(٢) المبسوط : ٤٢/١٣ ، فتح القدير : ١٢٥/٥ ، البدائع : ٢٦٨/٥ ، رد المحتار : ٥٧/٤ .

(٣) رد المحتار : ٥٣٨/٥ .

(٤) المغني : ٥٧٩/٣ ، غاية المنتهى : ٣٣/٢ .

بالعيب، والفسخ بالتحالف[1] .

ويلاحظ أن مرجع الخلاف في إرث الخيار هو: هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟

فقال الجمهور: الأصل أن تورث الحقوق والأموال إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث .

وقال الحنفية: الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال .

٣ ـ ما هو في معنى الموت: كالجنون والإغماء والنوم والسُكْر والردة واللحاق بدار الحرب[2] . فإذا ذهب عقل صاحب الخيار بالجنون أو بالإغماء، في مدة الخيار، ومضت المدة على تلك الحال صار العقد لازماً لأنه عجز عن الفسخ فتزول فائدة الخيار، فإن أفاق في مدة الخيار، بقي الخيار، لإمكان ممارسة حق الفسخ والإجازة .

وكذا يسقط الخيار لو بقي صاحبه نائماً لآخر مدة الخيار، كما يسقط على الصحيح لو سكر وظل سكراناً حتى مضت مدة الخيار.

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار، فقتل على الردة أو مات: لزم البيع . وكذا لو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاقه؛ لأن الردة بمنزلة الموت بعد الالتحاق بدار الحرب .

فإن عاد المرتد إلى الإسلام في مدة الخيار، فهو على خياره .

---

(١) بداية المجتهد: ٢٠٩/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣، المهذب: ٢٥٩/١، مغني المحتاج: ٤٥/٢، والفسخ بالتحالف: يحصل عند اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن أو قدر المبيع، ولم يكن لكل واحد منهما بينة، ولم يتراضيا، فيحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما (انظر نتائج الأفكار: ١٨٣/٦ وما بعدها).

(٢) المبسوط: ٤٤/١٣، فتح القدير: ١٢١/٥ .

كل ذلك إذا لم يتصرف المرتد بالخيار فسخاً أو اجازة ، فإذا تصرف في مدة الخيار ينظر :

إن أجاز البيع جاز بالاتفاق ، ولو فسخ يصبح حكم العقد موقوفاً عند أبي حنيفة : فإن عاد مسلماً نفذ ، وإن مات أو قتل على الردة ، بطل الفسخ .

وقال الصاحبان : تنفذ تصرفات المرتد حال ردته . ومنشأ الخلاف : هل تصرفات المرتد موقوفة أم نافذة ؟

قال أبو حنيفة : هي موقوفة . وقال الصاحبان : هي نافذة ، سواء أسلم أو مات أو قتل[1] .

وقال الشافعية والحنابلة : لو جن صاحب الخيار أو أغمي عليه أو أصابه خرس فلم تفهم إشارته ، ينتقل الخيار إلى وليه من حاكم أو غيره[2] .

٤ ـ هلاك المبيع في مدة الخيار : فيه تفصيل ؛ لأن الهلاك إما أن يكون قبل القبض أو بعد القبض ، والخيار إما للبائع ، أو للمشتري[3] .

آ ـ فإن هلك المبيع قبل القبض أي (في يد البائع) بطل البيع وسقط الخيار ، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري ، أم لهما معاً ، لأنه لو كان العقد باتاً لبطل البيع بسبب العجز عن التسليم ، فيبطل إذا كان فيه خيار شرط من باب أولى .

ب ـ وإن هلك المبيع بعد القبض أي « في يد المشتري » : فإن كان الخيار للبائع ، فيبطل البيع أيضاً ، ويسقط الخيار ، ولكن يلزم المشتري القيمة إن لم يكن له مثل ، والمثل إن كان له مثل .

---

(١) انظر التفصيل في فتح القدير : ٣٩٥/٤ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٤٥/٢ ، غاية المنتهى : ٣٣/٢ .

(٣) انظر المبسوط : ٤٤/١٣ ، البدائع : ٢٧٢/٥ ، فتح القدير : ١١٧/٥ .

وقال ابن أبي ليلى : إنه يهلـك هلاك الأمـانـات ؛ لأن الخيـار منع انعقـاد العقـد بالنسبة لحكم العقد ، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمـانـة في يـد المشتري ، فيهلـك هلاك الأمانات .

والصحيح قول عامة العلماء ، لأن البيع وإن لم ينعقد بالنسبة لحكم العقـد ، لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع ، فـلا يكـون دون المقبـوض على سـوم الشراء[(١)] وهو مضمون بالقيمة أو بـالمثل ، سواء تعـدى في القبض أو قصر في الحفـظ ، أو لم يحصل منـه شيء من ذلـك ، فهـذا أولى ، لأن العقـد موجود هنـا ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لم يوجد العقد بالنسبة إليه أصلاً .

وإن كان الخيار للمشتري فهلك المبيع بفعل المشتري أو البائع أو بآفة سماوية : لا يبطل البيع ، ولكن يسقط الخيـار ، ويلزم البيع ، ويهلـك على المشتري بـالثمن ، لأن المشتري وإن لم يملك المبيع عند أبي حنيفة إلا أنه اعترض عليه في يده ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عنـد البـائع ؛ لأن الهلاك في يـده لا يخلو عـادة عن سبب لـه ، وهذا السبب يكون عيبـاً ، وتعيب المبيع في يـد المشتري يمنع الرد ، ويلزم البيع إذ لا فائدة من بقاء الخيار ، فيهلك بالثمن ؛ لأن العقد قد انبرم .

وقال الشافعية كالحنفية فيما إذا حدث الهلاك بآفة سماويـة قبل القبض : ينفسخ البيع ويسقط الخيار ، كما ينفسخ العقـد ويسقـط الخيـار إذا كان الهلاك بعـد القبض ويضمن المشتري القيمة إذا كان الخيار للبائع .

فإن كان الخيار للمشتري فيقرر الشافعية أنه يضمن المبيع في هذه الحالـة بقيمتـه ، لأنه إن فسخ البيع تعذر رد العين ، فوجب رد القيمة ، وإن أمضى العقد فقد هلـك من ملكه فيجب عليه قيمته[(٢)] .

---

(١) وهـو أن يسمي البـائـع أو المشتري ثمن شيء ، ثم يقبضـه المسـاوم على وجـه الشراء ، لينظر فيـه أو ليريـه غيره ويقول : إن رضيته أخذته بالثمن الذي اتفق عليه . فإذا ضاع أو هلك يضمن قيمته (رد المحتار : ٥٢/٤) .

(٢) المهذب : ٢٦٠/١ .

وقال المالكية : إن هلك المبيع بيـد البـائع ، فلا خلاف في ضمانـه إيـاه وينفسخ البيع . وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية :

إن كان المبيـع ممـا يغـاب عليـه «أي يمكن اخفـاؤه» كالحلي والثيـاب ، فيضمن المشتري للبائع الأكثر من ثمنه الذي بيع به ، أو القيمة ؛ لأن من حق البائع إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر ، ورد البيـع إن كانت القيمـة أكثر ، إلا إذا ثبت الهلاك ببينـة فلا يضمن المشتري .

وإن كان المبيع مما لا يغـاب عليـه «أي لا يمكن اخفـاؤه» كالـدور والعقـارات فالبائع يضمنه ، حيث لم يظهر كذب المشتري[1] .

وقال الحنابلة : إن تلفت السلعة في مدة الخيـار قبل القبض ، وكان المبيع مكيلا أو موزوناً انفسخ البيع ، وضمنه البائع ، ويبطل خيار المشتري .

وإن كان المبيع غير مكيل ولا موزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه ، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ، ويكون كتلفه بعد القبض .

وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيـار ، فهو من ضمان المشتري ، ويبطل خياره . وأما خيار البائع ففيه روايتان :

إحداهما : يبطل كخيـار الرد بـالعيب إذا تلف المبيع ، وهو اختيـار الخرقي وأبي بكر .

والثانية : لا يبطل ، وللبائع فسخ البيع ، ومطالبة المشتري بالقيمة[2] .

٥ـ **تعييب المبيـع :** فيـه تفصيل أيضاً ؛ لأن الخيـار إمـا أن يكون للبـائـع أو للمشتري .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٠٨/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٠٤/٣ وما بعدها .

(٢) المغني : ٥٦٩/٣ .

آ ـ فإن كان الخيار للبائع : فيسقط خياره إذا تعيب المبيع بآفة سماوية أو بفعل البائع ، سواء أكان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري ، لأنه هلك بعض المبيع بلا بدل عنه ، إذ لا يجب الضمان على البائع ، لأن المبيع ملكه ، فينفسخ البيع في هذا البعض ، ولا يمكن بقاء العقد في الجزء الباقي ، لما يترتب عليه من تفريق الصفقة على المشتري قبل تمام العقد ، وهو لا يجوز.

فإذا تعيب المبيع بفعل المشتري ، أو بفعل أجنبي لم يبطل البيع ، ويبقى البائع على خياره لأنه يمكنه إجازة البيع فيما بقي وفيما نقص ؛ لأن قدر النقصان انتقل إلى بدل عنه : وهو الضمان بالقيمة على المشتري أو الأجنبي لإتلافهما ملك الغير بغير إذن ، فكان قدر النقصان قائماً معنى .

وإذا بقي البائع على خياره والمبيع في يد المشتري : فإما أن يجيز العقد أو يفسخ : فإن أجاز البيع ، وجب على المشتري جميع الثمن ؛ لأن البيع جاز في الكل ، ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع ، لأنه حدث في يده وفي ضمانه .

غير أنه إذا كان التعييب بفعل المشتري ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن كان بفعل الأجنبي فللمشتري أن يتبع الجاني بالأرش « أي الغرامة » لأنه باجازة البيع ملك المبيع ، من وقت البيع فحصلت الجناية على ملكه .

وإن فسخ البائع العقد ينظر :

إن كان التعييب بفعل المشتري : فإن البائع يأخذ الباقي ، ويأخذ أرش الجناية من المشتري لأن المبيع كان مضموناً على المشتري بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته .

وإن كان التعييب بفعل أجنبي : فالبائع بالخيار إن شاء اتبع الجاني بالأرش ، لأن الجناية حصلت على ملكه ، وإن شاء اتبع المشتري لأن الجناية حدثت في ضمان المشتري .

فإن اختار اتباع الأجنبي : فالأجنبي لا يرجع على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن اختار اتباع المشتري ، فالمشتري يرجع بما ضمن من الأرش على الجاني ، لأن المشتري بأداء الضمان قام مقام البائع في حق تملك بدل الشيء المجني عليه ، وإن لم يقم مقامه في حق ملك نفس الشيء المجني عليه .

ب ـ وإن كان الخيار للمشتري : فيسقط خياره بالتعييب ولا ينفسخ البيع سواء حصل بآفة سماوية أو بفعل البائع ، أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي لأن في حالة الآفة السماوية واعتداء البائع حدث التعيب في المبيع في يد المشتري وفي ضمانه ، فيلزمه رد قيمته . وأما في حالة اعتداء المشتري أو الأجنبي فلأنه تعذر رد المبيع ؛ لأنه لا يمكن المشتري أن يرد جميع ما قبض كما قبض سليماً ، وفي رد البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمام العقد[1] .

وعلى هذا إذا حدث نقص في المبيع في يد المشتري كأن سقط حائط من دار بغير صنع أحد ، يسقط الخيار بهذا النقصان لتعذر رد الشيء على صاحبه كما قبضه سليماً من أي نقص ، ويتقرر على المشتري جميع الثمن لأن النقصان حصل في ضمانه .

المطلب الرابع ـ حكم العقد في مدة الخيار

يقول الحنفية : لا ينعقد البيع بشرط الخيار في الحال في حق الحكم (أي نقل الملكية) بالنسبة لمن له الخيار من المتعاقدين ، بل يكون موقوفاً إلى وقت سقوط الخيار : إما باجازة البيع أو فسخه ، فإن أجازه ظهر أن العقد كان قد انعقد حال وجوده أي قبل الإجازة متى كان موضوع العقد قابلاً له ، وإن فسخه استمر على عدم انعقاده استصحاباً للحالة الأولى .

---

(١) انظر تحفة الفقهاء : ١٠٦/٢ ـ ١٠٩ ، فتح القدير : ١١٧/٥وما بعدها ، وانظر البدائع : ٢٦٩/٥ ، ٢٧٢ ، مع ملاحظة الفارق بين ما هنا وبين ما اختاره الكاساني من اعتبار التعيب بالآفة السماوية في يد البائع غير مسقط للخيار .

وتفصيله يظهر فيما يأتي[1] .

إن كان الخيار للعاقدين : كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه في حقهما معاً أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ؛ لأن الخيار المانع من الانعقاد من ناحية الحكم موجود في جانبي البائع والمشتري .

وإن كان الخيار للبائع وحده : كان العقد غير منعقد في حقه من ناحية ثبوت الحكم ، فلا يزول المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشتري ؛ لأن العقد لازم في حقه ، ولكنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة حتى لا يجتمع البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة ، وهذا لا يجوز في عقود المبادلة التي تتطلب المساواة بين البائع والمشتري .

وقال الصاحبان : إن الثمن يدخل في ملك البائع ويجب له ما دام البيع وقع باتاً أي لازماً بالنسبة للمشتري ، لأنه لم يشترط الخيار لنفسه ، ودليلهما : أن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

وبهذا يظهر أن العقد من ناحية حكمه : لا ينعقد عند أبي حنيفة في كلا البدلين (المبيع والثمن) . وعند الصاحبين : لا ينعقد في بدل من له الخيار فقط .

وإن كان الخيار للمشتري وحده : كان البيع غير منعقد بالنسبة له من ناحية حكمه ، فلا يخرج الثمن عن ملكه ، أما المبيع فيخرج عن ملك البائع فليس له التصرف فيه ، ولكنه لا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، ويدخل في ملكه عند الصاحبين على النحو السابق .

ويترتب على هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه نتائج ، منها ما يأتي :

---

(١) البدائع : ٢٦٤/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١١٥/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٥١/٤ وما بعدها .

١ ـ إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً على أنه بـالخيـار وقبض المشتري المبيع ، ثم أسلم بطل البيع عند أبي حنيفة ؛ لأن المبيع لم يدخل في مدة الخيار في ملك المشتري ، والمسلم ممنوع من تملك الخمر أو الخنزير .

وعند الصاحبين : لا يبطل البيع ، بل يسقط الخيار ويلزم العقد ؛ لأن المشتري ملك المبيع في مدة الخيار وهو ذمي ، له أن يتملك الخمر والخنزير ، وبعد الإسلام : ليس له أن يرد البيع ، لأنه ممنوع من تمليك شيء مما ذكر .

أما إذا أسلم البائع وكان الخيار للمشتري : فلا يبطل البيع ويبقى المشتري على خياره بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، وكونه لا يبطل لأن البيع باتٌّ في جانب البائع . وأما المشتري فيبقى خياره : فإن أجاز البيع صار لازماً ، وعليه الثمن ويملك المبيع ، لانه ذمي له أن يملك الخمر والخنزير . وإن رد البيع انفسخ العقد وصار المبيع على ملك البائع ، والمسلم قد يملك الخمر أو الخنزير حكماً ، كما إذا أسلم الذمي وعنده خمر أو خنزير .

فإن كان الخيار للبائع وأسلم في مدة الخيار بطل الخيار والعقد ؛ لأن خيار البائع يمنع اجماعا خروج المبيع عن ملكه ، وإسلامه يمنع إخراج الخمر ونحوها عن ملكه . ولو كان الذي أسلم هو المشتري ، لم يبطل العقد ، وبقي البائع على خياره ، لأن العقد لازم من جهة المشتري إذ لا خيار له ، وحينئذ له إجازة البيع ، فيتملك المشتري المبيع وهو أهل له أي لتملك الخمر ونحوها حكماً ، كما عرفنا ، وإن رد البيع انفسخ العقد واستمر المبيع ملكاً للبائع[1] .

٢ ـ إذا كان المبيع داراً : فإن كان للبائع خيار ، لم يكن للشفيع الشفعة بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه .

وإن كان الخيار للمشتري، تثبت الشفعة بالاتفاق أيضاً؛ لأن خيار المشتري على قول أبي حنيفة، وإن منع دخول السلعة في ملك المشتري، لم يمنع زوال ملكيتها عن ملك البائع، وحق الشفيع يثبت بزوال ملك البائع لا ملك المشتري.

وأما على قول الصاحبين: فإن خيار المشتري لا يمنعه تملك السلعة، فتثبت الشفعة للشفيع[1]. هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في حكم عقد البيع خلال مدة الخيار. وأما **غير الحنفية** فمذاهبهم ما يأتي:

قال المالكية وفي رواية عن أحمد: للبائع ملك المبيع زمن الخيار، حتى ينقضي الخيار. وإمضاء البيع: معناه نقل المبيع من ملك البائع لملك المشتري، وليس تقريراً للملك. ودليلهم أن المبيع على ملك البائع، وأما المشتري فملكه غير تام لاحتمال رده. وعلى هذا: تكون غلة المبيع الحاصلة في زمن الخيار للبائع[2].

وقال الشافعية في الأظهر عندهم: إن كان الخيار المشروط للبائع فملك المبيع وتوابعه كلبن ومهر وثمر وكسب له. وإن كان الخيار للمشتري فيكون الملك له، لأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفاً في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك.

وإن كان الخيار للبائع والمشتري معا، فالملك موقوف لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر، فيحصل التوقف، فإن تم البيع تبين أن الملك للمشتري من حين العقد، وإلا فللبائع، وكأنه لم يخرج عن ملكه[3].

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب: ينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد، ولا فرق بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما أيها كان. ودليلهم قول النبي ﷺ:

---

(١) فتح القدير: ١٣٣/٥، تحفة الفقهاء: ١١٣/٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ١٠٣/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣.

(٣) مغني المحتاج: ٤٨/٢، المهذب: ٢٥٩/١.

« من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع » وقوله عليه السلام : « من باع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »[1] فقد جعل الرسول عليه السلام المبيع للمبتاع (أي المشتري) بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع ، ولأنه بيع صحيح ، فنقل الملكية عقبه كالذي لا خيار له ، ولأن البيع تمليك بدليل قوله : « ملكتك » فثبت به الملك كسائر البيوع[2] .

ويترتب على هذا الخلاف بين الفقهاء : الخلاف في حكم تسليم الثمن أو استحقاقه للبائع ، كما أوضحنا عند الحنفية ، فعند الحنابلة : يلزم تسليم الثمن إذا كان الخيار للمشتري ولا يلزم إذا كان الخيار للبائع أو لهما .

المطلب الخامس ـ كيفية الفسخ والإجازة :

الفسخ والإجازة إما بطريق الضرورة أو بطريق القصد والاختيار[3] :

أما الفسخ والاجازة بطريق الضرورة : فيصح من غير وجود الخصم وعلمه ، كمضي مدة الخيار وهلاك المبيع ونقصانه ، كما ذكرنا في طرق إسقاط الخيار .

وأما الفسخ والإجازة بطريق القصد : فقد اتفق الحنفية على أن صاحب الخيار يملك إجازة العقد بغير علم صاحبه ، لأنه كان قد رضي بالبيع ، وتوقف نفاذ البيع على رضا صاحب الخيار ، فإذا رضي نفذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

ولكن يشترط الرضا باللسان بأن يقول : أجزت هذا العقد أو رضيت به ، فإذا رضي بقلبه فقط ، فإنه لا يسقط خياره ؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأقوال والأفعال الظاهرة الدالة على القلوب .

---

(1) هذا الحديث رواه الموطأ وأصحاب الكتب عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهناك ألفاظ أخرى للحديث (انظر نصب الراية : ٥/٤ ، جامع الأصول : ٣٤/٢ وما بعدها) .

(2) المغني : ٥٧١/٣ ، غاية المنتهى : ٣٢/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٣٧٧ .

(3) فتح القدير : ١٢٠/٥ .

وأما الفسخ : فإنه ينبغي أن يكون باللسان[1] دون القلب ، فإن فسخ بلسانه بعلم صاحبه ، فيصح بالاتفاق بين علماء الحنفية ، سواء رضي به الطرف الآخر أو أبى . وإن فسخ بغير علم صاحبه فلا يصح عند أبي حنيفة ومحمد ، سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع ، ويكون الفسخ حينئذ موقوفاً : إن علم به صاحبه في مدة الخيار نفذ ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد ؛ لأن الفسخ تصرف في حق الغير ؛ لأن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين ، فلم يملك أحدهما فسخه بغير علم صاحبه ، لما في ذلك من المضرة . فإن كان الخيار للبائع : فربما يتصرف المشتري بالمشترى اعتماداً منه على نفاذ البيع بسبب مضي المدة دون فسخ ، فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع ، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، وفي هذا ضرر.

وإذا كان الخيار للمشتري : فربما لا يطلب البائع لسلعته مشترياً آخر اعتماداً على تمام البيع ، وهذا ضرر أيضاً .

وقال أبو يوسف : إن كان الخيار للبائع فلا يشترط علم المشتري بالفسخ ، وإن كان الخيار للمشتري اشترط علم البائع بالفسخ . وفي رواية عنه : إنه لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ مطلقاً ؛ لأن الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من صاحبه الذي لا خيار له ، فلا يتوقف الفسخ على علمه ، كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل[2] .

ويجري هذا الخلاف في خيار الرؤية ، أما خيار العيب فقد اتفق الحنفية على أن الفسخ فيه يشترط أن يكون بعلم البائع[3] .

وإذا كان الخيار لرجلين ـ خيار شرط أو رؤية أو عيب ـ فلا يملك أحدهما دون

---

(١) يلاحظ أن الاجازة والفسخ كما يكونان قولين بكل لفظ يفيد ذلك كأجزت البيع ونحوه ، يكونان فعلين أيضا كما لو تصرف المشتري المخير في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية كرهن المبيع أو إجارته أو عرضه للبيع فيكون إجازة . ولو فعل البائع ذلك كان فسخا .

(٢) البدائع : ٢٧٣/٥ ، فتح القدير والعناية : ١٢٢/٥ ، رد المحتار : ٥٧/٤ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

الآخر أن ينفرد بالفسخ عند أبي حنيفة ؛ لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً به ، وفي رده ضرر .

وقال الصاحبان : يصح لأحد الرجلين اللذين ثبت الخيار لهما أن ينفرد بالفسخ ؛ لأن اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما ، فلا يسقط باسقاط صاحبه ، لما فيه من إبطال حقه[1] .

وعلى هذا : يصح عند أبي حنيفة أن يتفق الرجلان على الإجازة أو الفسخ ، فإذا رد أحدهما ، وأجاز الآخر ، فهو على الخلاف المذكور .

وكذا يجري الخلاف إذا اختارا رد البيع في النصف ، وإجازة البيع في النصف الآخر . هذا هو تفصيل كيفية الفسخ والإجازة عند الحنفية ، وخالفهم **جمهور العلماء** في كيفية الفسخ :

فقال المالكية والشافعية والحنابلة : يصح لصاحب الخيار فسخ البيع في حضور صاحبه وفي غيبته ، إذ أن صاحبه لما رضي لأخيه بالخيار ، فكأنه أذن له في الفسخ متى شاء ، فلا يحتاج إلى حضوره (أي علمه) عند الفسخ ، ولأن الفسخ رفع للعقد ، فلا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق[2] .

١٣ ـ خيار العيب

هو خيار ثابت بالشرط دلالة ، لذا ذكرناه عقب خيار الشرط . وسنتكلم عن خيار العيب في المطالب الآتية :

المطلب الأول ـ في مشروعية خيار العيب وحكمه .

المطلب الثاني ـ في العيوب الموجبة للخيار .

---

(١) المبسوط : ٥٠/١٣ ، البدائع : ٢٦٨/٥ .

(٢) المغني : ٥٩١/٣ ، مغني المحتاج : ٤٩/٢ ، الميزان : ٦٤/٢ .

المطلب الثالث ـ في طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار.

المطلب الرابع ـ مقتضى الخيار وكيفية الرد بالعيب.

المطلب الخامس ـ موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار.

المطلب السادس ـ اختلاف الفقهاء في شرط البراءة عن العيب.

المطلب الأول ـ في مشروعية خيار العيب وحكم العقد

مشروعية خيار العيب: الأصل في مشروعية هذا الخيار أحاديث منها ـ أن النبي ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم، لايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب إلا بينه له»[1].

ومنها ـ قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه»[2].

ومنها ـ أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال: «من غشنا فليس منا»[3].

وقال الكاساني: الأصل في مشروعية هذا الخيار ماروي عن رسول الله ﷺ أنه

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والطبراني عن عقبة بن عامر، قال في الفتح: واسناده جيد (انظر مجمع الزوائد: ٨٠/٤، نيل الأوطار: ٢١١/٥) ورواه البخاري بلفظ آخر (انظر جامع الأصول: ٤٢٠/١).

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم في المستدرك، قال في نيل الأوطار: ٢١٢/٥ «وفي اسناده أحمد أبو جعفر الرازي وأبو سباع، والأول مختلف فيه، والثاني قيل: إنه مجهول».

(٣) نيل الأوطار: ٢١١/٥ ومابعدها، وقد روى الحديث مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي هريرة، وفي رواية أبي داود «ليس منا من غش» (انظر جامع الأصول: ٤١٩/١ ومابعدها، مجمع الزوائد: ٧٨/٤، نيل الأوطار: ٢١٢/٥).

قال : « من اشترى شاة محفَّلة[١] ، فوجدها مصراة[٢] ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام » وفي رواية « فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة : إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعاً من تمر »[٣] ، والنظران المذكوران : هما نظر الإمساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري .

ويلاحظ أن جمهور الفقهاء يعتبرون تصرية الإبل والغنم تغريراً فعلياً في الوصف ، يوجب للمغرور خياراً في إبطال العقد ، ولو لم يصحبه غبن فهو من خيار الوصف[٤] .

ويثبتون للمشتري الخيار بين إمساك المبيع إن رضيه ، أو رد المبيع مع صاع من تمر إن سخطه ، ويوافق أبو يوسف الجمهور على هذا الرأي أخذاً بالحديث السابق . وقال أبو حنيفة ومحمد : يرجع المشتري بالنقصان فقط إن شاء .

حكم البيع :

حكم البيع لشيء معيب : هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لأن ركن البيع مطلق عن الشرط ، وإنما يثبت فيه دلالة شرط سلامة المبيع عن العيوب ، فإذا لم تتوافر السلامة تأثر العقد في لزومه ، لا في أصل حكمه ، بخلاف خيار الشرط ؛ لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم ، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم في مدة الخيار[٥] .

---

(١) أي جمع اللبن في ضرعها .

(٢) قال الشافعي : التصرية : هي ربط أخلاف (حلمات) الشاة أو الناقة ، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها ، فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عادتها ، فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها .

(٣) انظر للمقارنة نيل الأوطار : ٢١٤/٥ ، جامع الأصول : ٤٢٠/١ ومابعدها ، مجمع الزوائد : ١٠٨/٤ ، الموطأ : ١٧٠/٢ ففي هذا الحديث عدة روايات رواها البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ، وهذه الرواية المذكورة كما يظهر لي هي ملفقة من أكثر من رواية .

(٤) انظر ابن عابدين : ٤٧/٤ ، والمدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : جـ١ ص٣٧٤ ، الطبعة السابعة .

(٥) البدائع : ٢٧٣/٥ .

وصفة حكم البيع لشيء معيب : هو أنه يفيد الملك غير لازم ؛ لأن سلامة البدلين في عقد المعاوضة مطلوبة عادة ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة أي ضمنا ، فكانت كالمشروطة نصاً ، فإذا لم تتحقق صفة السلامة في البدلين ، كان للعاقد الخيار ، فيكون العقد غير لازم[1] .

المطلب الثاني ـ العيوب الموجبة للخيار

العيب : هو كل مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور والحول[2] .

وتعريف العيب عند الشافعية : هو كل ماينقص العين أو القيمة أو مايفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه . واحترزوا بالقيد الأخير عن قطع أصبع زائدة أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شيناً ، ولا يفوت غرضاً ، فلا يرد المبيع به[3] . مثال إنقاص القيمة : جماح الدابة عند ركوبها ، ومثال مايفوت به غرض صحيح : قطع بعض أذن الشاة المشتراة للأضحية ، فللمشتري ردها .

والفرق بين التعريفين : أن تعريف الحنفية ذو معيار مادي ، وتعريف الشافعية ذو معيار شخصي .

والعيوب نوعان :

أحدها ـ مايوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييره من حيث الظاهر دون الباطن . ثانيهما ـ مايوجب النقصان من حيث المعنى ، دون الصورة .

---

(١) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٢٧٤ .

(٢) فتح القدير والعناية : ١٥١/٥ ، ١٥٣ ، البدائع : ٢٧٤/٥ ، رد المحتار : ٧٤/٤ ، والحَوَل : أن تميل إحدى الحدقتين إلى الأنف ، والأخرى إلى الصدغ .

(٣) مغني المحتاج : ٥١/٢ ، وقال الحنابلة : العيب : هو نقص عين مبيع كقطع أصبع ولو زادت قيمته ، أو نقص قيمته عرفاً كمرض ونحوه (غاية المنتهى : ٣٥/٢) .

أما الأول - فكثير نحو العمى، والعور، والحَوَل، والشلل، والقرع، والزمانة (أي الأمراض المزمنة) والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة والسن الشاغية (الزائدة) والظفر الأسود، والصمم والخرس، والبكم، والقروح، والشجاج، وأثر الجراح، والحميات وسائر الأمراض التي تعم البدن[1].

وأما الثاني - فنحو جماح الدابة، وبطء غير معتاد في سيارة ونحوها[2].

المطلب الثالث - طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار

شرائط ثبوت الخيار: يشترط لثبوت الخيار شرائط هي[3]:

١ - ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم، فلو حدث بعدئذ لا يثبت الخيار.

٢ - ثبوت العيب عند المشتري بعد قبضه المبيع، ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ.

٣ - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.

٤ - عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع، فلو شرط فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.

٥ - أن تكون السلامة من العيب غالبة في مثل المبيع المعيب.

٦ - ألا يزول العيب قبل الفسخ.

---

(١) البدائع: ٢٧٤/٥.

(٢) انظر البدائع: ٢٧٤/٥ - ٢٧٦، فتح القدير: ١٥٤/٥ - ١٥٥ ومابعدها، رد المحتار: ٧٨/٤.

(٣) البدائع: ٢٧٥/٥ ومابعدها، فتح القدير: ١٥٣/٥.

٧ ـ ألا يكون العيب طفيفاً مما يمكن إزالته دون مشقة ، كالنجاسة في الثوب الذي لا يضره الغسل .

٨ ـ عدم اشتراط البراءة من العيب في البيع ، على التفصيل الآتي في آخر البحث .

طرق إثبات العيب :

يختلف طريق إثبات العيب باختلاف العيب ، والعيب أربعة أنواع :

إما عيب ظاهر مشاهد ، كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الساقطة والعمى والعور ونحوها .

أو عيب باطن خفي لا يعرفه إلا الأطباء .

أو عيب لا يطلع عليه إلا النساء .

أو عيب لا يعرف بالمشاهدة ، وإنما يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة .

١ ـ **فإن كان عيباً مشاهداً :** فلا حاجة لتكليف القاضي للمشتري بإقامة البينة على وجود العيب عنده ، لكونه ثابتاً بالعيان والمشاهدة ، وللمشتري حق خصومة البائع ، بسبب هذا العيب ، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر .

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري كالأصبع الزائدة ونحوها ، فإنه يرد على البائع ، ولا يكلف المشتري بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع لتيقن ثبوته عنده إلا أن يدعي البائع الرضا به ، والإبراء عنه ، فتطلب البينة منه .

فإن أقام البينة عليه قضي بموجبها ، وإلا فيستحلف المشتري على دعواه ، فإن نكل لم يرد المبيع المعيب على البائع وإن حلف رد على البائع .

وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري : فيقول القاضي للبائع : « هل حدث هذا عندك ؟ » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي

الرضا والإبراء . وإن أنكر فقال : « لا » كان القول قوله إلا أن يقيم المشتري البينة ، فإن أقامها ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي البائع الرضا والإبراء ، وإن لم يكن له بينة على إثبات العيب عند البائع ، وطلب المشتري يمينه ، فإنه يستحلف بالله بنحو بات قاطع جازم لاعلى مجرد نفي العلم : « لقد بعته وسلمته ، وما به هذا العيب » لأن هذا أمر لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يحلف ، وإنما يحلف على هذا الوجه بالجمع بين البيع والاستحلاف ؛ لأنه قد يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيثبت للمشتري حق الرد ، فكان الاحتياط هو الجمع بينهما . وهذا ماذكره محمد في الأصل .

وقال بعض المشايخ : لا احتياط في هذا ، لأنه لو استحلف على هذا الوجه ، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فيكون البائع صادقاً في يمينه ؛ لأن شرط حنثه : وجود العيب عند البيع والتسليم معاً فلا يحنث بوجوده في أحدهما ، فيبطل حق المشتري . والاحتياط للمشتري يتحقق فيما إذا حلف البائع بالله : « ما للمشتري رد السلعة بهذا العيب الذي يدعي » وقال بعضهم : يحلف بالله « لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي » قال الكاساني : « وهو صحيح ، لأنه يدخل فيه الموجود عند البيع ، والحادث قبل التسليم » .

فإذا حلف برئ ، ولا يرد عليه المبيع ، وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد ، إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الإبراء عنه .

وقد صحح بعضهم صيغة اليمين الأولى التي ذكرها محمد بإضمار زيادة في الكلام ، فتصير الصيغة : « لقد بعته وسلمته ومابه هذا العيب ، لاعند البيع ولاعند التسليم »[1] .

---

(١) البدائع : ٢٧٩/٥ ومابعدها ، تحفة الفقهاء : ١٣٩/٢ ومابعدها ، رد المحتار : ٩٢/٤ ، مختصر الطحاوي : ص٨٠ ومابعدها .

آ ـ وأما إذا كان العيب باطناً خفياً لا يعرفه إلا المختصون :

كالأطباء والبياطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه ، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين أو رجل مسلم عدل ، وبعده يقول القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب المدعى به » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر أقام المشتري البينة ، فإن لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه السابق ذكره في العيب المشاهد . فإن حلف ، لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء[1] .

٣ ـ وإن كان العيب مما لا يطلع عليه إلا النساء : فيرجع القاضي إلى قول النساء ، فيريهن العيب لقوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون ﴾ ولا يشترط العدد منهن ، بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل ، والثنتان أحوط ؛ لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع ، كشهادة القابلة في النسب .

نإذا شهدت المرأة على العيب فهناك روايتان عن كل واحد من الصاحبين :

ففي رواية عن أبي يوسف أنه يفرق بين ماإذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فإن كان في يد البائع فيثبت العيب بشهادتها ، ويرد المبيع ، ويفسخ البيع ، لأن مالا يطلع عليه الرجال ، فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة .

وإن كان في يد المشتري فيثبت حق الخصومة أي « حق الادعاء » بقولها ، ولا يثبت بالنسبة لحق الرد على البائع ؛ لأن المبيع وجد معيباً في ضمان المشتري ، فلا ينقل الضمان إلى البائع بقول النساء ، ثم يسأل القاضي البائع : « هل كان هذا العيب عندك » كما بينا في صورة العيب الباطن .

---

(١) البدائع : ٢٧٨/٥ ، رد المحتار : ٩٢/٤ .

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف قال : إن كان العيب مما لايحدث مثله : يفسخ البيع بقول النساء ؛ لأن العيب قد ثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع بيقين .

وإن كان عيباً يحدث مثله ، لم يثبت حق الفسخ بقولهن ؛ لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن .

والروايتان عن محمد ما يأتي :

قال في رواية : لايُفسخ البيع بقولهن بحال . وفي رواية : يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ؛ لأن قولهن فيما لايطلع عليه الرجال كالبينة كما في النسب .

والحاصل أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذي لا يطلع عليه الرجال بالنسبة لحق إقامة الخصومة لابالنسبة لحق الرد ، سواء أكان العيب قبل القبض أم بعده في ظاهر الرواية عن علماء الحنفية الثلاث ، فكان هو المذهب المعتمد[1] .

٤ ـ وأما العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة :

كالإباق والجنون والسرقة والبول على الفراش ، فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا أثبت المشتري حدوث العيب عنده ، فيقول القاضي للبائع : « هل أبق عندك » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء ، وإن أنكر الإباق أصلا ، وادعى اختلاف الحالة في هذا العيب بين الصغر والكبر ، كما أسلفنا بيانه ، يقول القاضي للمشتري : « ألك بينة ؟ » فإن قال : « نعم » وأقام البينة على

(١) البدائع : ٢٧٩/٥ ومابعدها ، رد المحتار : ٩٢/٤ ومابعدها .

مايدعي ، قضى عليه بالرد ، وإن قال : « لا » يستحلف البائع بالله : « ما أبق عندك قط » فإن حلف انقطعت الخصومة بينهما ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالرد .

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده ، **هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا ؟**

قال الصاحبان : يستحلف ، وقال أبو حنيفة : لا يستحلف .

دليلهما : أن المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد إلا باثبات العيب عند نفسه ، وطريق الإثبات : إما البينة أو نكول البائع ، فإذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل أي (البائع) فيثبت العيب عند نفسه ، ولهذا يستحلف أي المشتري عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع فكذا هذا . ودليل أبي حنيفة أن الاستحلاف يكون عقب الدعوى على البائع ، ولادعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العيب عند نفسه ، ولم يثبت ، فلم تثبت دعواه على البائع ، فلا يستحلف ، والنكول لا يكون إلا بعد الاستحلاف[1] .

وكيفية استحلاف البائع :

هي أن يحلف على العلم لا على سبيل البت والقطع ، فيقول : « بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا الشيء الآن » والسبب فيه : هو أنه يحلف على غير فعله ، ومن حلف على غير فعله ، يحلف على العلم لأنه لاعلم له بما ليس بفعله ، أما من حلف على فعل نفسه ، فيحلف على البتات (أي بصيغة البت والجزم) فإن نكل أي البائع عن اليمين ، ثبت العيب عند المشتري ، فيثبت له حق الخصومة ، وإن حلف برئ[2] .

---

(١) البدائع : ٥/٢٧٩ ، رد المحتار : ٤/٩٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

المطلب الرابع ـ مقتضى الخيار وكيفية الفسخ والرد بالعيب

مقتضى الخيار: يترتب على ظهور العيب في المبيع أن يكون المشتري مخيراً بين أمرين:

إما أن يمضي العقد، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء الثمن كاملاً؛ أو يفسخ العقد، فيسترد الثمن إن كان قد دفعه، ويعفى من أدائه إن لم يكن قد أداه، وعليه أن يرد العين المعيبة إذا كان قد استلمها[1].

وقال الشافعية والحنابلة: إذا تعيب المبيع في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي، فيكون المشتري مخيراً بين قبوله ناقصاً بجميع الثمن، ولا شيء له، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن[2].

كيفية الفسخ والرد: المبيع لايخلو من أحد حالين:

١ ـ إما أن يكون في يد البائع، فينفسخ البيع بقول المشتري: «رددت» ولايحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي بالاتفاق بين الحنفية والشافعية.

٢ ـ وإما أن يكون في يد المشتري، فلا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عند الحنفية؛ لأن الفسخ بعد القبض يكون على حسب العقد؛ لأنه يرفع العقد، وبما أن العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر، ومن غير قضاء القاضي، بخلاف الفسخ قبل القبض؛ لأن الصفقة ليست تامة حينئذ، بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبض.

وعند الشافعي: ينفسخ العقد بقوله: «رددت» بغير حاجة إلى قضاء، ولا إلى

---

(١) فتح القدير: ١٥١/٥.

(٢) الروضة للنووي: ٥٠٤/٣، المغني: ١٠٩/٤ ومابعدها.

رضا البائع ؛ لأن الفسخ لاتفتقر صحته إلى القضاء ، ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاتفاق ، وبخيار الرؤية على أصل الحنفية[1] .

هل الفسخ بعد العلم بالعيب على الفور أم على التراخي ؟

قال الحنفية والحنابلة : خيار الرد بالعيب على التراخي ، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور ، فمتى علم العيب فأخر الرد ، لم يبطل خياره حتى يوجد منه مايدل على الرضا ، وإذا أعلن المشتري البائع بالعيب وخاصمه في رد المبيع ، ثم ترك مخاصمته بعدئذ ، ورجع إليها وطلب الرد ، فإن له أن يرد مالم يمتنع الرد لمانع ، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي كالقصاص ، ولانسلم دلالة الإمساك على الرضا به[2] .

وقال الشافعية : يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور ، فلو علم ثم أخر رده بلا عذر ؛ سقط حقه في الرد ، والمراد بالفور : مالا يعد تراخياً في العادة ، فلو اشتغل بصلاة دخل وقتها ، أو بأكل أو نحوه ، فلا يكون تراخياً في العادة ، فلا يمنع الرد ، وكذا لو علم بالعيب ، ثم تراخى لعذر كمرض أو خوف لص أو حيوان مفترس أو نحوه ، فإن حقه لايسقط ، وإنما يكون له حق الرد بعد العلم بالعيب إذا لم يفعل مايدل على الرضا ، كاستعمال الحيوان ولبس الثوب أو نحوه .

ودليلهم أن الأصل في البيع اللزوم ، وعدم اللزوم عارض ، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان فورياً كالشفعة ، فيبطل بالتأخير بغير عذر[3] .

---

(١) البدائع : ٢٨١/٥ ، مغني المحتاج : ٥٧/٢ ، المهذب : ٢٨٤/١ .

(٢) رد المحتار : ٩٣/٤ ، المغني : ١٤٤/٤ ، غاية المنتهى : ٤١/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٥٦/٢ ، المهذب : ٢٧٤/١ .

المطلب الخامس ـ موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار

يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع بأسباب، منها: مايكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب. ومنها: مالا يكون البائع ملتزماً فيها بضمان العيوب من أول الأمر.

أما مايكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب فهي[1]:

١ ـ الرضا بالعيب بعد العلم به: إما صراحة كأن يقول: رضيت بالعيب أو أجزت البيع، أو دلالة كالتصرف في المبيع تصرفاً يدل على الرضا بالعيب كصبغ الثوب أو قطعه، أو البناء على الأرض أو طحن الحنطة أو شيّ اللحم، أو بيع الشيء أو هبته أو رهنه ولو بلا تسليم أو استعماله بأي وجه كلبس الثوب وركوب الدابة أو مداواة المبيع ونحوها كما ذكرنا في مبحث خيار الشرط، أو وصول عوض العيب إليه حقيقة، أو اعتباراً كأن يقتله أجنبي وهو في يده خطأ، فيأخذ قيمته منه.

وذلك لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد ضمناً، ولمّا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به، دل على أنه ماشرط السلامة، ولأنه إذا رضي بالعيب فقد رضي بالضرر: وهو إسقاط ضمان العيب الذي يعوض به عن الجزء المعيب، وفي حالة العوض: إذا حصل التعويض، فكأن الجزء المعيب عاد سليماً معنىً، بقيام بدله، وهذا في ظاهر الرواية، لأنه لما وصلت إليه قيمته، قامت القيمة مقام العين، فصار كأنه باعه.

٢ ـ اسقاط الخيار صراحة أو في معنى الصريح: مثل أن يقول المشتري: أسقطت الخيار أو أبطلته، أو ألزمت البيع أو أوجبته، وما يجري مجراه.

---

(١) البدائع: ٢٨٢/٥، ٢٩١، رد المحتار: ٩٤/٤، ١٠٣.

وأما ما يمنع الرد دون أن يكون البائع ملتزماً بالضمان من أول الأمر فهو ما يأتي :

١ ـ المانع الطبيعي : وهو هلاك المبيع بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع ، أو باستعمال المشتري كأكل الطعام ، فيمتنع الرد في هذه الحالات لهلاك المبيع ، ويثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب[1] .

٢ ـ المانع الشرعي : وهو أن يحدث في المبيع قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كصبغ الثوب والبناء على الأرض ، أو يحدث بعد القبض زيادة متصلة غير متولدة أو زيادة منفصلة متولدة كالولد والثمرة . وأما بقية أنواع الزيادات فلا تمنع الرد .

وتفصيله ما يأتي[2] :

الزيادة في المبيع : إما أن تحدث قبل القبض أو بعده ، وكل منها إما متصلة أو منفصلة .

فالزيادة الحادثة قبل القبض :

١ ـ إذا كانت متصلة :

فإما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسمن ونحوها ، فلا تمنع الرد ، لأنها تابعة للأصل حقيقة .

أو تكون غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته ، وكالبناء أو الغرس على الأرض ، فتمنع الرد ؛ لأنها أصل قام بذاته ، وليست تابعة ، فلا يرد المبيع بدونها ،

---

(١) البدائع : ٢٨٢/٥ ، رد المحتار : ٨٦/٤ ، ٩٩ ، مجمع الضمانات : ص٢١٩ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١١٠ ، مغني المحتاج : ٥٤/٢ .

(٢) البدائع : ٢٨٤/٥ ومابعدها ، التقريرات على رد المحتار : ٨٥/٤ ، ٩٨ ، عقد البيع المرجع المذكور : ص١١١ .

لتعذر الرد ، ولا يرد معها ، لأنها ليست تابعة في البيع فلا تتبع في الفسخ .

٢ ـ وإن كانت منفصلة :

فإما أن تكون أيضاً متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ، فلا تمنع الرد ، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً ، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن .

أو تكون غير متولدة ، كالكسب والصدقة والغلة ، فلا تمنع الرد ؛ لأنها ليست بمبيعة ، وإنما هي مملوكة بملك الأصل .

وأما الزيادة الحادثة في المبيع بعد القبض (أي عند المشتري) :

١ ـ إن كانت زيادة متصلة .

فإن كانت متولدة من الأصل كسمن الدابة ، فلا تمنع الرد عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية[1] ، ويبقى حكم العيب معها على موجبه الأصلي : فإن رضي المشتري أن يردها مع الأصل ردها ، وإن أبى وأراد أن يأخذ نقصان العيب ، وأبى البائع إلا الرد ودفع جميع الثمن ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ليس للبائع أن يأبى وللمشتري أخذ نقصان العيب منه ؛ لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع الفسخ عندهما إذا لم يوجد الرضا من صاحب الزيادة .

وقال محمد : له أن يأبى الرد ، وليس للمشتري أن يرجع بالنقصان عليه (أي على البائع) لأن الزيادة المتصلة عنده لاتمنع الفسخ ، وأصل الخلاف راجع إلى حكم الزيادة المتصلة بالمهر بعد القبض إذا طلق الزوج امرأته قبل الدخول .

وإن كانت غير متولدة : فإنها تمنع الرد بالاتفاق ؛ لأن هذه الزيادة ملك

---

(١) مغني المحتاج : ٦١/٢ ، المغني : ١١٤/٤ ، حاشية الدسوقي : ١٢٧/٣ .

للمشتري ، فلا يحق للبائع عندئذ أخذها بلا مقابل ، و يتعين الرجوع بنقصان العيب .

٢ ـ وإن كانت زيادة منفصلة : فإن كانت متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ، فإنها تمنع الرد عند الحنفية ؛ لأنها لو رد الأصل دونها تبقى للمشتري بلا مقابل ، وهو ممنوع شرعاً ، لأنه ربا .

وقال الشافعية والحنابلة : لاتمنع هذه الزيادة الرد ، وهي للمشتري بعد القبض ، لأنها حدثت في ملك المشتري ، فلا تمنع الرد ، كالزيادة غير المتولدة ، ولما روي « أن رجلاً ابتاع من آخر غلاماً ، فأقام عنده ماشاء الله ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي ﷺ ، فرده عليه ، فقال : يارسول الله ، قد استغل غلامي ، فقال : الخراج بالضمان »[1] ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه ، وقيس الثمن على المبيع .

و إن كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والصدقة ، لم يمتنع الرد ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له ؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً ، فأمكن فسخ العقد بدون الزيادة .

٣ ـ المانع بسبب حق البائع : وهو حدوث عيب جديد عند المشتري بعد قبضه ، إذا كان المبيع معيباً بعيب قديم عند البائع ، كأن انكسرت يد الدابة المبيعة عند المشتري ، وظهر فيها مرض قديم كان عند البائع ؛ لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ، فلو رد يرد بعيبين ، فيتضرر البائع . وشرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذ ، وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان . ولو زال العيب الحادث ، كما لو شفيت الدابة المريضة ، عاد الموجب الأصلي : وهو حق الرد[2] .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها ، وهذه رواية أبي داود . ومعنى الخراج بالضمان أي الغنم بالغرم إذ أن الخراج هو الدخل والمنفعة : أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه ، فالباء للسببية (انظر جامع الأصول : ٢٨/٢ ، نيل الأوطار : ٢١٣/٥) .

(٢) البدائع : ٢٨٣/٥ ، رد المحتار : ٨٢/٤ ، ١٠١ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١١١ .

٤ ـ المانع بسبب حق الغير : كما لو أخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التمليك كبيع أو هبة أو صلح ، ثم اطلع على أنه كان معيباً بعيب قديم ، فلا يمكن المشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه ، لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد ، أنشأه المشتري نفسه[١] .

٥ ـ إتلاف المشتري المبيع :

كما لو كان المبيع دابة فقتلها ، أو ثوباً فمزقه ونحوه ، ثم علم بوجود العيب القديم فيه ، فيستقر عليه الثمن المسمى نهائياً دون رجوع بنقصان. والفرق بين هذا العيب وبين المانع بسبب حق الغير : أنه في الحالة الثانية يحتمل زوال المانع ، فيعود حق الرد ، وفي الحالة الأولى لايحتمل زواله[٢] .

وإذا حصل في المبيع عيب عند المشتري ، ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان على البائع ولا يرد المبيع إلا أن يرى البائع أخذ المبيع بعينه فله أخذه . وتعتبر قيمة النقصان يوم البيع[٣] .

والخلاصة : أنه يجوز الرجوع على البائع للمطالبة بفرق نقصان العيب في حالات ثلاث : هي هلاك المبيع ، وتعيبه بعيب جديد ، وتغيير صورته بحيث أصبح له اسم جديد .

ويلاحظ أن الكلام في هذه الموانع التي ذكرناها فيما إذا كان المشتري عاقداً لنفسه ، فإن كان عاقداً لغيره ففيه تفصيل :

إذا كان العاقد لغيره ممن يجوز أن تلزمه الخصومة (أي الادعاء) في الرجوع بنقصان العيب كالوكيل ، والشريك ، والمضارب ، فتلزمه الخصومة ، ويقوم برد

---

(١) عقد البيع ، المرجع السابق .

(٢) عقد البيع : ص ١١٢ وما بعدها .

(٣) مجمع الضمانات : ص ٢٢٠ ، فتح القدير : ٥/١٦٤ .

المبيع المعيب على البائع ؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد ، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان ممن تلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه ، فما قضي به على العاقد - إن كان وكيلاً بالبيع - رجع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه[1] .

وإذا كان العاقد ممن لاتلزمه الخصومة كالقاضي والإمام إذا عقدا عقداً بحكم الولاية ، فإنه ينصب خصماً يخاصم في العيب ، فما قضي به عليه ، رجع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم .

وأما العاقد : إذا كان صبياً محجوراً ، فباع أو اشترى بإذن إنسان ، فلا تلزمه الخصومة ، ولا ضمان عليه ، وإنما الخصومة على من وكله في التصرف ؛ لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي حقوق العقد) فيقتصر دوره على مباشرة التصرف لا غير ، كالرسول والوكيل في عقد النكاح .

المطلب السادس - آراء الفقهاء في شرط البراءة عن العيوب

اختلف الفقهاء فيما إذا شرط البائع براءته من ضمان العيب (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) ، فرضي المشتري بهذا الشرط ، اعتماداً على السلامة الظاهرة ثم ظهر في المبيع عيب قديم[2] .

فقال الحنفية : يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب[3] وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها ، سواء أكان جاهلاً وجود العيب في مبيعه فاشترط هذا الشرط احتياطاً ، أم كان عالماً بعيب المبيع ، فكتمه عن المشتري ، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، فيصح البيع ، لأن الإبراء اسقاط ، لاتمليك ،

---

(١) رد المحتار: ٨٩/٤ .

(٢) المدخل الفقهي العام: ص٣٧٧، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص١٠٧ .

(٣) وللناس عبارات مختلفة في شرط البراءة عن العيوب مثل بيع الشيء على أنه حاضر حلال، أو على أنه مكسر محطم، أو كوم تراب أو عظام، أو حراق على الزناد، أو لايصلح لشيء أو لأجل الطرح. وفي بيع الدابة يقولون: على أنها لحم: أي لاينتفع من حياتها بعمل (رد المحتار: ١٠٠/٤، عقد البيع: ص١١٧) .

والإسقاط لاتفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، لعدم الحاجة إلى التسليم . ويشمل هذا الشرط كل عيب موجود قبل البيع أو حادث بعده قبل القبض ، فلا يرد المبيع بالعيب حينئذ . وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن غرض البائع إلزام العقد باسقاط المشتري حقه في وصف سلامة المبيع ، ليلزم البيع على كل حال ، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم ، فكان داخلاً ضمناً .

وقال محمد وزفر والحسن بن زياد ومالك والشافعي ، وهو المعمول به في قانوننا المدني : يشمل شرط البراءة العيب الموجود عند العقد فقط ، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض ؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود ، بسبب أن الإبراء عن المعدوم لايتصور ، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع ، فلا يدخل تحت الإبراء[١] .

وهذا الخلاف فيما إذا قال :« أبرأتك عن كل عيب مطلقاً » فأما إذا قال : « أبيعك على أني بريء من كل عيب به » لم يدخل فيه العيب الحادث بالاتفاق ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها بالموجود عند العقد .

وبناء على قول محمد وزفر والحسن : إذا كانت البراءة من العيوب عامة فاختلف البائع والمشتري في وجود عيب ، فقال البائع : كان موجوداً عند العقد ، فدخل تحت البراءة ، وقال المشتري : بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة ، فقال محمد : القول قول البائع ، مع يمينه ؛ لأن البراءة عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب ، والبائع ينكر ذلك ، فكان القول قوله .

وقال زفر والحسن : القول قول المشتري لأن الأصل هو ثبوت الحق ، والمشتري هو المبرئ ، فيكون القول قوله في مقدار البراءة[٢] .

---

(١) البدائع : ٢٢٧/٥ ، فتح القدير : ١٨٢/٥ ، رد المحتار : ١٠٠/٤ .

(٢) البدائع : ٢٧٧/٥ .

ويشمل هذا الشرط أيضاً كل عيب من العيوب الظاهرة والباطنة ؛ لأن اسم العيب يقع على الكل .

فإذا قال : « أبرأتك عن كل داء » فيقع على كل عيب ظاهر ، دون الباطن من طحال ونحوه عند أبي يوسف . وروي عن أبي حنيفة أنه يقع على كل عيب باطن ، وأما العيب الظاهر فيسمى مرضاً .

وقد رجح بعضهم الرأي الثاني اعتماداً على ما هو المعروف في العادة ، إلا أن المشهور في المذهب هو الأول أي على كل مرض ؛ لأن الداء في اللغة هو المرض ، سواء أكان بالجوف أم بغيره ، والعرف الآن موافق للغة[١] .

ولو أبرأ البائع عن كل غائلة[٢] فيقع على السرقة والإباق والفجور ، وكل ما يعد عيباً عند التجار[٣] .

وإذا خصص الإبراء عن بعض العيوب لم يشمل غيرها ، كأن يبرئ من القروح أو الكي أو نحوها ، لأنه أسقط حقه من نوع خاص[٤] .

فإذا كانت البراءة خاصة بعيب موجود عند العقد سماه المشتري ، ثم اختلف المتعاقدان ، فقال البائع : « كان بها » وقال المشتري : « حدث قبل القبض » فقال محمد : القول قول المشتري لأن هذه البراءة خاصة بحال العقد ، لاتتناول إلا الموجود حالة العقد ، والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين ، والبائع يدعيه لأبعدهما ، فكان الظاهر شاهداً للمشتري[٥] .

---

(١) رد المحتار : ١٠٠/٤ ، البدائع : ٢٧٨/٥ .

(٢) الغائلة : الفجور أي (الزنا) ، والإباق ، والسرقة ، ونحو ذلك .

(٣) البدائع : ٢٧٨/٥ ، رد المحتار ، المرجع السابق .

(٤) البدائع : ٢٧٧/٥ .

(٥) البدائع : ٢٧٨/٥ .

هذا هو مذهب الحنفية في شرط البراءة عن العيوب عموماً .

وأما مذاهب غيرهم من حيث العلم بالعيب والجهل به فهي مايلي :

قال المالكية : إن شرط البراءة عن العيوب يصح في كل عيب لا يعلم بـه البـائع ، أما مايعلم به فلا تصح البراءة عنه[1] .

وقال الشافعيـة : لو بـاع بشرط براءتـه من العيوب ، فـالأظهر أنـه يبرأ عن كل عيب باطن بـالحيوان خـاصـة ، إذا لم يعلمـه البـائع ، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان ، كالثياب والعقار مطلقاً ، ولا عن عيب ظاهر بـالحيوان ، علمـه ، أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه . والمراد بالباطن : مالا يطلع عليه غالباً .

وينصرف الإبراء إلى العيب الموجود عند العقـد ، لا الـذي حـدث قبل القبض . ولو اختلف المتعاقدان في قدم العيب فيصدق البائع .

ولو شرط البـائع البراءة عمـا يحـدث من العيوب قبل القبض ولـو مـع المـوجـود منهـا ، لم يصح الشرط في الأصح ؛ لأنـه اسقـاط للشيء قبل ثبوتـه ، كما لو أبرأ عن ثمن ما يبيعه له[2] .

وأمـا الحنـابلـة فعنـدهم روايتـان عن أحمـد : روايـة تقرر أنـه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، ورواية كالمالكية : تقرر أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمـه ، ولا يبرأ من عيب علمه .

واختار ابن قدامة وغيره أن من باع حيواناً أو غيره بـالبراءة من كل عيب أو من عيب معين موجود : لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم[3] .

---

(١) حاشية الدسوقي : ١٢٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٥٣/٢ .

(٣) المغني : ١٧٨/٤ ، غاية المنتهى : ٢٧/٢ .

١٤ـ خيار الرؤية

يذكر بعض المؤلفين هذا الخيار قبل خيار العيب ، لكونه أقوى منه ، لأنه يمنع تمام البيع ، أما خيار العيب فيمنع لزوم الحكم ، واللزوم بعد التمام . ونحن قد خالفنا ذلك لتشابه خيار الشرط وخيار العيب ، كما أشرنا سابقاً ، ثم إن خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار التعيين ثبتت باشتراط المتعاقدين ، أما خيار الرؤية فقد ثبت من ناحية الشرع .

خطة الموضوع :

نتكلم في هذا الخيار وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول : مشروعية خيار الرؤية .

المطلب الثاني : وقت ثبوت الخيار.

المطلب الثالث : كيفية ثبوت الخيار.

المطلب الرابع : صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه .

المطلب الخامس : شرائط ثبوت الخيار ، وتوابعها .

المطلب السادس : مسقطات الخيار.

المطلب السابع : ما ينفسخ به العقد وشروط الفسخ .

المطلب الأول ـ مشروعية خيار الرؤية

أجاز الحنفية خيار الرؤية في شراء مالم يره المشتري وله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده ، وكذا إذا قال : رضيت ، ثم رآه : له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية ، كما في الحديث الآتي ، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم

بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله : « رضيت » قبل الرؤية بخلاف قوله : « رددت » .

وقد استدلوا على خيار الرؤية بقوله عليه السلام فيما يرويه أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »(١) .

واستدلوا أيضاً بما روي أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لسيدنا عثمان : « غبنت » ، فقال : « لي الخيار ، لأني اشتريت مالم أره » فحكّما في ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه(٢) .

وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على شرعية هذا الخيار .

واستدلوا أيضاً بالمعقول : وهو أن جهالة الوصف تؤثر في الرضا ، فتوجب خللاً فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .

وبناء على هذا ، أجازوا بيع العين الغائبة من غير صفة ، ويثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية ، أو بصفة مرغوبة ، ويثبت له خيار الوصف ، كما سبقت الإشارة إليه ، فإذا رأى المشتري المبيع ، كان له الخيار فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده ، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا ، فيثبت الخيار بكل حال .

ولم يجز الحنفية خيار الرؤية للبائع إذا باع مالم يره كما إذا ورث عيناً من الأعيان في بلد غير الذي هو فيه ، فباعها قبل الرؤية ، صح البيع ، ولا خيار له عندهم . وقد

---

(١) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند عن أبي هريرة ، والمرسل عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه . وقد سبق تخريجه في بيع العين الغائبة .

(٢) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالاً .. الحديث (انظر نصب الراية : ٤/٩) .

رجع أبو حنيفة عما كان يقول أولاً بأن له الخيار، كما للمشتري، وكما هو الأمر في خيار الشرط وخيار العيب[1].

والتفرقة بين البائع والمشتري في هذا أمر معقول؛ لأن البائع يعرف ما يبيعه أكثر من المشتري، فلا ضرورة لثبوت الخيار له، وعليه أن يتثبت قبل البيع، حتى لا يقع عليه غبن يطلب من أجله فسخ العقد[2].

وأجاز المالكية خيار الوصف للمشتري فقط، فقالوا: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض، فإذا جاء على الصفة، صار العقد لازماً[3].

وكذا الحنابلة أجازوا كالمالكية خيار الوصف فقط فقالوا: يجوز بيع الغائب إذا وصف للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، لأنه بيع بالصفة، فصح كالسلم. وتحصل بالصفة معرفة المبيع؛ لأن معرفته تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وهذا يكفي كما يكفي في السلم، ولا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية، ومتى وجده المشتري على الصفة المذكورة صار العقد لازماً، ولم يكن له الفسخ.

ولم يجيزوا في أظهر الروايتين بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[4] ولأنه باع مالم يره ولم يوصف له، فلم يصح، كبيع النوى في التمر.

وأثبت الحنابلة والظاهرية خيار الرؤية للبائع إذا باع مالم ير.

---

(١) المبسوط: ٦٩/١٣ وما بعدها، فتح القدير مع العناية: ١٣٧/٥ - ١٤٠، البدائع: ٢٩٢/٥، رد المحتار: ٦٨/٤.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص٤٨١.

(٣) بداية المجتهد: ١٥٤/٢، حاشية الدسوقي: ٢٥/٣ وما بعدها.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ورواه أيضاً الطبراني في الكبير عن ابن عباس، وفي الأوسط عن ابن عمر وسهل بن سعد (وقد سبق تخريجه).

وأما حديث خيار الرؤية فهو مروي عن عمر بن إبراهيم الكردي ، وهو متروك الحديث ، ويحتمل أن يراد بالحديث : أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه[1] .

وقال الشافعي في المذهب الجديد : لا ينعقد بيع الغائب أصلاً ، سواء أكان بالصفة ، أو بغير الصفة ، لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع الغرر » وفي هذا البيع غرر ، وبما أنه من أنواع البيوع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم ، ثم إنه داخل تحت النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أي ما ليس بحاضر أو مرئي للمشتري . وأما حديث « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي ، وقال الدارقطني عنه : « إنه باطل » .

وبناء على الأظهر من اشتراط رؤية المبيع قالوا : تكفي رؤية المبيع قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد كالأرض والحديد ، دون ما يتغير غالباً كالأطعمة ، وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه ، كظاهر الصبرة من حنطة ونحوها ، وجوز ونحوه ، وأدقة (جمع دقيق) وكأعالي المائعات في أوعيتها كالدهن ، وأعلى التمر في قوصرته (وعاء من قصب يجعل فيه التمر ونحوه) والطعام في آنيته ، وكأنموذج المتماثل أي (المتساوي الأجزاء) كالحبوب ، فإن رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع[2] .

ورد الحنفية على حجج غيرهم بأن جهالة المبيع غير المرئي لا تؤدي للنزاع مطلقاً ما دام للمشتري أن يرد المبيع إذا لم يره محققاً لرغبته ويفسخ العقد .

وحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان[3] : معناه النهي عن بيع مالا يملك . والنهي عن بيع الغرر ينصرف إلى مالا يكون معلوم العين[4] .

---

(١) المغني : ٥٨٠/٣ وما بعدها ، المحلى : ٣٩٤/٨ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ١٨/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٦٣/١ .

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن وحسنه الترمذي ، وقد سبق تخريجه مختصراً .

(٤) المبسوط : ٦٩/١٣ وما بعدها .

المطلب الثاني ـ وقت ثبوت الخيار

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع ، لا قبلها فلو أجاز البيع قبل الرؤية : لا يلزم البيع ، ولا يسقط الخيار ، وله أن يرد المبيع ؛ لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية ، فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرؤية ، وأجاز ، لم يثبت له الخيار بعد الرؤية ، وهذا خلاف نص الحديث .

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم : لا يملك المشتري الفسخ ، لأنه خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم يملك الإجازة قبل الرؤية ، فلا يملك الفسخ .

وقال بعضهم : يملك الفسخ وهو الصحيح ، لا لسبب الخيار ، لأنه غير ثابت ، ولكن لأن شراء مالم يره المشتري عقد غير لازم ، فكان محل الفسخ ، كالعقد الذي فيه خيار العيب ، وعقد الإعارة والإيداع[1] .

المطلب الثالث ـ كيفية ثبوت الخيار

اختلف مشايخ الحنفية فيها :

فقال بعضهم : إن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر ، إلا إذا وجد ما يسقطه ، كما سيأتي في بيان المسقطات ، وهو اختيار الكرخي ، والأصح عند الحنفية ، لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع ، فأشبه الرد بالعيب ، ولأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا ، والحكم يبقى ما بقي سببه .

وقال بعضهم : إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ بعد الرؤية ، ولم يفسخ ، يسقط خيار الرؤية ، وإن لم توجد

---

(١) البدائع : ٢٩٥/٥ .

الأسباب المسقطة للخيار[1] الآتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

وقال الحنابلة : يكون خيار الرؤية على الفور[2] .

المطلب الرابع - صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه

صفة البيع : إن شراء مالم يره المشتري غير لازم ، فيخير المشتري بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع ؛ لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف البيع تؤثر في رضا المشتري ، فتوجب الخيار له ، تداركاً لما عساه يندم من أجله ، وذلك سواء أكان المبيع موافقاً للوصف المذكور أم مخالفاً له ، هذا مذهب الحنفية[3] . وقال المالكية والحنابلة والشيعة الإمامية : البيع لازم للمشتري إذا وجد المبيع مطابقاً للصفة المذكورة ، فإن كان مخالفاً لما وصف ، فللمشتري الخيار[4] .

وقال الظاهرية : البيع لازم إن طابق الصفة ، أما إن خالفها فالبيع باطل[5] .

حكم البيع : وأما حكم البيع فهو حكم العقد الذي لا خيار فيه ، فلا يمنع ثبوت الملك في البدلين أي أنه في البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكية الثمن للبائع فور تمام العقد بالايجاب والقبول ، ولكن يمنع لزوم العقد ، بخلاف خيار الشرط .

وسبب التفرقة بين الخيارين : هو أن البيع في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بأي شرط ، وكان المفهوم أن يكون لازماً ، إلا أن الرد بخيار الرؤية ثبت من جهة الشرع ، أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط المتعاقدين ، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال ، كما سبق بيانه[6] .

---

(١) فتح القدير : ١٤١/٥ ، البدائع : ٢٩٥/٥ ، رد المحتار : ٦٧/٤ .

(٢) المغني : ٥٨١/٣ .

(٣) البدائع : ٢٩٢/٥ ، فتح القدير : ١٣٧/٥ .

(٤) القوانين الفقهية : ص٢٥٦ ، المغني : ٥٨٢/٣ ، المختصر النافع : ص١٤٦ .

(٥) المحلى : ٨ص٣٨٩ ، ٣٩٤ .

(٦) البدائع ، المكان السابق .

المطلب الخامس ـ شرائط ثبوت الخيار

يشترط لثبوت الخيار شروط ، وإلا كان العقد لازماً ، منها :

١ ـ أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين ، أي أن يكون عيناً من الأعيان ، فإذا لم يكن عيناً لا يثبت فيه الخيار ، حتى لو كان البيع مقايضة عيناً بعين يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري إذا لم ير كل منهما المبيع قبل العقد[١] .

وفي بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف : لا يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري ، لأنه لا فائدة فيه ، كما سنبين .

وفي بيع العين بالدين : يثبت الخيار للمشتري ولا خيار للبائع .

والسبب فيه أن محل العقد إذا لم يكن معيناً لا يصير معيناً للفسخ بموجب الخيار ، فلم يكن الرد مفيداً ، ولأن مالا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد ، بل بالقبض ، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد ، ولأن الحق إذا كان عيناً فللناس أغراض في الأعيان ، فكان ثبوت الخيار فيه لينظر المشتري في المبيع : هل يصلح له أم لا ؟

وبناء عليه ، يكون خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ ، كالبيع والإجارة والصلح عن دعوى المال ، والقسمة ، ونحوها ؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية ، ولا يثبت فيما لا يحتمل الفسخ ، كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، ونحوها ؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال ، فصار الأصل : « أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده ، يثبت خيار الرؤية فيه ، ومالا فلا » كما يقول الكاساني[٢] .

٢ ـ عدم رؤية محل العقد : فإن كان رآه قبل الشراء لا يثبت له الخيار ، إذا كان

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

لا يزال على حالته التي رآه فيها ، وإلا كان له الخيار لتغيره ، فكان مشترياً شيئاً لم يره[١] .

كيفية تحقيق الرؤية :

الرؤية قد تكون لجميع المبيع ، وقد تكون لبعضه ، والضابط فيه : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ، ويفيد المعرفة به[٢] .

وتفصيله : أنه إذا كان غير المرئي تبعاً للمرئي ، فلا خيار له سواء أكان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال مالم يره ، أو لا تفيد ، لأن حكم التبع حكم الأصل .

وإن لم يكن غير المرئي تبعاً للمرئي : فإن كان مقصوداً بنفسه كالمرئي ، ينظر في ذلك :

إن كان رؤية ما رأى تعرف حال غير المرئي ، فإنه لا خيار له أصلاً في غير المرئي إذا كان غير المرئي مثل المرئي ، أو فوقه ؛ لأن المقصود العلم بحال الباقي ، فكأنه رأى الكل .

وإن كان رؤية ما رأى لم تعرف حال غير المرئي ، فله الخيار فيما لم يره ؛ لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى ، فكأنه لم ير شيئاً أصلاً .

وبناء عليه : تكفي رؤية ظاهر الكومة من الحبوب ، ووجه الدابة وكَفَلها (أي عجزها) في الأصح ، وهو قول أبي يوسف . واكتفى محمد برؤية الوجه وظاهر الثوب وهو مطوي . وقال زفر : لابد من نشره كله ، وهو المختار . كما في أكثر معتبرات كتب الحنفية . وعقب عليه ابن عابدين بقوله : لو لم يختلف باطن الثوب عن ظاهره

---

(١) المبسوط : ٧٢/١٣ ، البدائع ، المرجع السابق : ص٢٩٢ ـ ٢٩٣ .

(٢) البدائع : ٢٩٣/٥ ، رد المحتار : ٦٨/٤ . .

سقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره ، فله الخيار[١] .

وفي شراء الشاة للحم لابد من الجس حتى يعرف سمنها ، حتى لو رآها من بعيد ، فهو على خياره ؛ لأن اللحم مقصود من شاة اللحم ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذا المقصود ، وإن اشتراها للدر والنسل فلابد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضاً ؛ لأن الضرع مقصود من الشاة الحلوب ، والشياه تختلف باختلاف الضرع ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بالمقصود ، كما قلنا[٢] .

وأما البسط والطنافس : فإن كان مما يختلف وجهه وظهره ، فرأى وجهه دون ظهره لا خيار له ، وإن رأى ظهره دون الوجه فله الخيار .

وأما الدور والعقارات والبساتين ، فإن رأى ظاهر الدار وداخلها ورأى خارج البستان ورؤوس الأشجار فلا خيار له ، ولا يكتفي برؤية صحن الدار ، دون الدخول إلى بيوتها في الأصح ، لتفاوت الدور .

وقد كان أئمة الحنفية ماعدا زفر يرون الاكتفاء برؤية ظاهر الدار وبرؤية صحنها ، إلا أن ذلك لا يكفي الآن ، فيكون الحكم متغيراً من باب اختلاف العصر والزمان ، لا اختلاف الحجة والبرهان[٣] .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً ، فإذا كان أشياء :

فإن كان من العدديات المتفاوتة كالدواب والثياب ، كأن اشترى ثياباً في جراب أو قطيع غنم أو إبلاً أو بقراً ، وكالبطيخ في الشريجة[٤] والرمان والسفرجل في القفة ، ونحوها ، فرأى بعضها ، فله الخيار في الباقي ؛ لأن الكل مقصود ، ورؤية ما رأى لا تعرّف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

---

(١) المبسوط : ٧٢/١٣ ، البدائع : ٢٩٣/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٤٢/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٦٩/٤ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٧٠/٤ ، فتح القدير : ١٤٣/٥ .

(٣) البدائع : ٢٩٤/٥ ، رد المحتار : ٧٠/٤ ، فتح القدير : ١٤٤/٥ .

(٤) الشريجة : جوالق كالخرج ، ينسج من سعف النخل ونحوه .

وإن كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، فإن رؤية البعض تسقط الخيار في الباقي إذا كان مالم ير مثل الذي رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء تعرف حال الباقي .

هذا إذا كان المبيع كله في وعاء واحد ، فإن كان في وعاءين : فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف ؛ لأن رؤية البعض من جنس أو على وصف لاتفيد العلم بغيره .

وإن كان الكل من جنس واحد أو على صفة واحدة ، اختلف المشايخ فيه :

قال مشايخ بلخ : له الخيار لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين . وقال مشايخ العراق : لاخيار له ، وهو الصحيح ؛ لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي ، سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين [1] .

وإن كان المبيع مغيباً في الأرض : لا في الوعاء ، كالجزر والبصل والثوم ، والفجل ، والبطاطا ، ففيه تفصيل مروي عن أبي يوسف رحمه الله :

آ ـ إذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بعد القلع ، كالثوم والبصل والجزر : فإن قلع المشتري شيئاً بإذن البائع ، أو قلع البائع برضا المشتري ، سقط خياره في الباقي ؛ لأن رؤية بعض المكيل كرؤية الكل .

وإن حصل القلع من المشتري بغير إذن البائع ، لم يكن له الخيار سواء رضي بالمقلوع ، أو لم يرض إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لأنه بالقلع صار معيباً ، وإلا لاستمر في نموه وازدياده ، وبعد القلع لا ينمو ولا يزيد ، ويتسارع إليه الفساد . وحدوث العيب في المبيع في يد المشتري بغير صنعه ، يمنع الرد ، فمع صنعه أولى .

---

(١) البدائع : ٢٩٤/٥ ، حاشية الشلبي على الزيلعي : ٢٦/٤ .

ب ـ وإن كان المغيب في الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل والجوز ونحوهما فرؤية البعض لاتكون كرؤية الكل ؛ لأن هذا كالعدديات المتفاوتة ، فلا تكفي رؤية البعض ، كما في الثياب .

وإن قلع المشتري شيئاً بغير إذن البائع ، سقط خياره لأجل العيب إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة ، فإن لم يكن له قيمة ، فلا يسقط خياره لأنه لايتحقق به العيب .

وقد ذكر الكرخي حكم المغيب في الأرض بغير هذا التفصيل ، وأثبت الخيار للمشتري برؤية البعض بعد رؤية الكل .

وروي عن محمد أنه قال : قال أبو حنيفة : المشتري بالخيار إذا قلع الكل أو البعض .

وأما محمد : فهو مثل أبي يوسف ، إذا قلع المشتري شيئاً يستدل به على الباقي ، فرضي به ، فهو لازم له[1] .

وإذا كان المبيع دهناً في قارورة ، فرأى خارج القارورة ، فعن محمد روايتان :

الرواية الأولى : أنه تكفي الرؤية ، ويسقط الخيار ؛ لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل ، فكأنه رأى الدهن خارج القارورة .

والرواية الثانية : أن له الخيار لأن العلم بما في داخل القارورة لايحصل بالرؤية من خارج القارورة ؛ لأن مافي الداخل يتلون بلون القارورة ، فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية[2] .

والرؤية عند بعضهم لاتحصل بالمرآة أو بالماء ، فإذا رأى المشتري المبيع بالمرآة ، فلا يسقط خياره ، لأنه لم ير عين المبيع ، وإنما رأى مثاله . والأصح أنه رأى عين المبيع

---

(١) تحفة الفقهاء : ١٢٤/٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٢٩٤/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ٧٠/٤ ـ ١٠٦ .

لا غير المبيع ؛ لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية ، فإنا نرى الله عز وجل بلا مقابلة . ولكن بما أنه قد لا يحصل للمشتري العلم بهيئة المبيع لتفاوت المرآة في التكبير والتصغير فيعلم بأصله ، لا بهيئته ، فيثبت له الخيار ، لا لما قالوا[1] .

وبناء عليه لو اشترى سمكاً في بحرة صغيرة يمكن أخذه منها من غير اصطياد وحيلة ، حتى جاز البيع ، فرآه في الماء ، ثم أخذه : قال بعضهم : يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع .

وقال بعضهم : لا يسقط خياره ، وهو الصحيح ، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو ، بل يرى أكثر مما هو ، فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية ، وهو معرفته على حقيقته ، فله الخيار[2] .

مذاهب غير الحنفية :

قال المالكية : يجوز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل واللفت والكرنب والقلقاس بشرط رؤية ظاهره ، وقلع شيء منه ويرى ، وأن يحزر إجمالاً ، ولا يجوز بيع شيء منه من غير حزر بالقيراط أو الفدان أو القصبة[3] .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز بيع شيء مغيب في الأرض كالفجل والجزر والبصل والثوم ؛ لأنه بيع مجهول مشتمل على الغرر[4] .

البيع بالنموذج[5] : قد يرى المشتري بعض المبيع دون سائره ، فيصح البيع ويلزم عند جمهور الفقهاء إن كان المرئي يدل على غير المرئي دلالة كاملة ، ونذكر

---

(1) البدائع : ٢٩٥/٥ .

(2) البدائع ، المرجع السابق .

(3) الشرح الكبير والدسوقي : ١٨٦/٣ ، بداية المجتهد : ١٥٦/٢ .

(4) المجموع : ٣٣٨/٩ ، المغني : ٩١/٤ .

(5) يعبر أكثر الفقهاء عن هذا البيع ببيع الأنموذج ، والأصح النموذج ، وهو لفظ معرب ، أما التعبير الأول فهو لحن شائع .

هنا حكم البيع بالنموذج عند الفقهاء باعتباره صورة متعارفة من صور البيع برؤية بعض المبيع .

مثاله : أن يشتري شخص كمية كبيرة من القمح بعد أن يرى نموذجاً منه . وهذا لا يكون إلا في المثليات كالحبوب والأقطان والكتان ونحوها .

وحكمه : أنه يجوز عند الحنفية والمالكية والشافعية ، ولا يجوز عند الحنابلة والظاهرية على التفصيل الآتي :

قال الحنفية[1] : يجوز بيع المكيل والموزون برؤية بعضه ، لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ، ولوقوع العلم به بالباقي ، إلا إذا كان الباقي أردأ ، فيكون للمشتري الخيار فيه ، وفيما رأى ، لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمام البيع . والأصح أن هذه الرؤية للبعض تكفي سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين كما قدمنا .

ويلاحظ أن الثياب أصبحت في وقتنا الحاضر من المثليات .

وقال المالكية[2] : يجوز البيع برؤية بعض المثلي من مكيل وموزون كقطن وكتان ، بخلاف القيمي كعدل مملوء من القماش فلا يكفي رؤية بعضه على ظاهر المذهب .

وقال الشافعية[3] : في بيع النموذج ثلاثة أوجه : أحدها الصحة ، والثاني البطلان ، وأصحها : إن دخل النموذج في البيع ، صح ، وإلا فلا .

وقال الحنابلة[4] : لا يصح بيع النموذج ، فلو رأى البائع المشتري صاعاً من صبرة

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه : ٤/٢٦ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣/٢٤ .

(٣) المجموع للنووي : ٩/٣٢٧ ، ٣٣٣ وما بعدها .

(٤) غاية المنتهى : ٢/١٠ ، كشاف القناع : ٣/١٥٢ ، ط مكة .

قمح مثلاً ، ثم باعه الصبرة على أنها من جنسه ، فلا يصح البيع ، لأنه يشترط عندهم رؤية المتعاقدين المبيع رؤية مقارنة للبيع ، وذلك برؤية جميع المبيع أو بعض منه يدل على بقيته ، كأحد وجهي ثوب غير منقوش ، وظاهر صبرة متساوية الأجزاء من حب وتمر ، وما في ظروف من جنس متساوي .

وقال الظاهرية[١] : لا يجوز بيع النموذج .

التوكيل بالنظر والرؤية أو بالقبض : لو وكل المشتري رجلاً بالنظر إلى ما اشتراه ، ولم يره فيلزم العقد إن رضي ، ويفسخ العقد إن شاء ؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في النظر ؛ لأنه جعل الرأي اليه .

وأما إذا وكله بقبض ما اشتراه قبل رؤيته ، فتقوم رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل ، فيسقط خياره عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ، لأنه وكله بالقبض لا بإسقاط الخيار ، فلا يملك إسقاطه ، كما لا يملك إسقاط خيار الشرط ، ولا خيار العيب .

ويرى أبو حنيفة أنه لافرق بين الوكيل بقبض الشيء المشترى وبين الوكيل بالشراء ، ورؤية هذا كافية عن رؤية الموكل ، وبها يسقط الخيار إجماعاً ؛ لأن الوكيل بالشيء وكيل باتمام الشيء ، ومن تمام القبض إسقاط الخيار[٢] .

واتفقوا على أنه إذا أرسل المشتري رسولاً بقبض المبيع ، فرآه الرسول ورضي به ، كان المرسل على خياره . والفرق بين الوكيل والرسول : هو أن الوكيل أصل في نفس القبض ، وإنما الواقع للموكل حكم فعله ، فكان إتمام القبض إلى الوكيل . أما الرسول فهو نائب في القبض عن المرسل ، فكان قبضه قبض المرسل ، فإتمام القبض إلى المرسل[٣] .

---

(١) المحلى : ٤٥٧/٨ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٤٥/٥ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

واتفقوا في خيار العيب على أنه إذا وكل رجلاً بقبض المبيع ، فقبض الوكيل وعلم بالعيب ورضي به : لا يسقط خيار الموكل .

واختلف مشايخ الحنفية في خيار الشرط ، فقال بعضهم : إن الاختلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه يجري هنا . وقال بعضهم : لا يسقط بالاتفاق .

وقال الشافعية : الاعتبار في رؤية المبيع وعدمها بالعاقد[1] .

والذي نخلص منه في تحقق رؤية المبيع : أن الرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة ، وإنما تكون في كل شيء بحسبه ، وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه ، فشم المشمومات ، وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها ، وجس الضرع في شاة اللبن : يعد رؤية كافية في هذه الأشياء ، وإن لم تشترك العين فيها ، ولا يكفي النظر بالعين فقط[2] كما أوضحنا تفصيله .

وهذا بالنسبة للبصير . وكذا الأعمى يعد اطلاعه على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر رؤية كافية كاطلاع البصير ، فيكتفي بالجس فيما يجس ، والذوق فيما يذاق ، والشم فيما يشم ، وأما ما يعرف بالنظر فوصفه للأعمى يقوم مقام نظره .

فإن اشترى الأعمى ثماراً على رؤوس الشجر ، فيعتبر الوصف لا غير ، في أشهر الروايات .

وإذا اشترى الأعمى داراً أو عقاراً ، فالأصح من الروايات أنه يكتفى بالوصف .

وعند زوال العمى : لا يعود له الحق في الخيار ؛ لأن الوصف في حقه كالبديل أو « الخلف » عن الرؤية ، لعجزه عن الأصل ، والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود

---

(١) المجموع : ٩/٣٢٩ .

(٢) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص٤٦ .

بالبديل ، لا يبطل حكم البديل ، كمن صلى بطهارة التيمم ، ثم قدر على الماء ونحوه[1] .

أما البصير لو اشترى شيئاً لم يره فوصف له ، فرضي به فلا يسقط خياره ، لأنه لا عبرة للبديل مع القدرة على الأصل .

الاختلاف في الرؤية :

لو اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع : « بعتك هذا الشيء ، وقد رأيته » ، وقال المشتري : « لم أره » فالقول قول المشتري بيمينه ؛ لأن البائع يدعي إلزام العقد ، والمشتري منكر ، فيكون القول قوله ، ولكن بيمينه ؛ لأن البائع يدعي عليه سقوط حق الفسخ ولزوم العقد ، وهذا مما يصح الإقرار به ، فيجري فيه الاستحلاف[2] .

الرؤية منذ زمن :

من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة كشهر ، ونحوه : فإن كان على الصفة التي رآه عليها ، فلا خيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة . وإن وجده متغيراً فله الخيار ، لأن تلك الرؤية لم تقع مُعْلِمة بأوصافه ، فكانت رؤيته وعدمها سواء .

فإن اختلف البائع والمشتري في التغير ، فقال البائع : « لم يتغير » وقال المشتري : « تغير » فالقول قول البائع مع يمينه ؛ لأن دعوى التغير دعوى أمر حادث ، والأصل عدمه ، فلا تقبل إلا ببينة ، بخلاف ما إذا اختلف في الرؤية يكون القول للمشتري مع يمينه كما بينا ؛ لأن البائع يدعي أمراً عارضاً : هو العلم بصفة المبيع[3] .

---

(١) المبسوط : ٧٧/١٣ ، فتح القدير : ١٤٦/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٩٨/٥ ، رد المحتار : ٧٠/٤ وما بعدها .

(٢) فتح القدير : ١٥٠/٥ ، رد المحتار : ٧٢/٤ .

(٣) فتح القدير : ١٤٩/٥ ، رد المحتار : المرجع السابق .

المطلب السادس ـ مسقطات الخيار

لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط الصريح ، كأن يقول المشتري : « أسقطت خياري » لا قبل الرؤية ولا بعدها ، بخلاف خيار الشرط ، وخيار العيب .

والفرق هو أن خيار الرؤية ثبت شرعاً ، لحكمة فيه ، فلا يملك الإنسان إسقاطه ، كما في خيار الرجعة بالنسبة للمرأة المطلقة ، فإن الإنسان لا يملك إسقاطه لثبوته شرعاً ، مادامت المرأة في العدة ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه يثبت بشرط المتعاقدين ، فجاز أن يسقط باسقاطها . وكذلك خيار العيب : فإن سلامة المبيع مشروطة عادة من المشتري ، فكان ذلك كالمشروط صراحة[1] .

وإنما يسقط خيار الرؤية ويلزم البيع بأحد نوعين : فعل اختياري أو ضروري ، والاختياري نوعان : صريح الرضا ونحوه ، ودلالة الرضا .

فالصريح : كأن يقول : « أجزت البيع ، أو رضيت أو اخترت » أو ما يجري مجرى الصريح ، سواء علم البائع بالإجازة أم لم يعلم .

ودلالة الرضا : هو أن يوجد تصرف في المبيع بعد الرؤية لا قبلها يدل على الإجازة والرضا ، كما إذا قبض المبيع بعد الرؤية ، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد[2] .

وبناء عليه : إذا وهب المشتري المبيع من غيره ولم يسلمه أو عرضه على البيع ونحوهما قبل الرؤية : لا يسقط الخيار ؛ لأنه لا يسقط بصريح الرضا في هذه الحالة ، فكذا لا يسقط بدلالة الرضا .

ولو رهن المشتري المبيع وسلمه أو آجره من رجل ، أو باعه ، على أن المشتري

---

(١) البدائع : ٢٩٧/٥ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ ، فتح القدير : ١٤١/٥ .

بالخيار: سقط خياره، قبل الرؤية وبعدها، حتى إن المشتري لو افتك الرهن بدفع الدين، أو مضت مدة الإجارة، أو رده على المشتري بخيار الشرط، ثم رآه لا يكون له الرد بخيار الرؤية، لأنه أثبت حقاً لازماً لغيره بهذه التصرفات، فيكون من ضرورته لزوم الملك له، وذلك بامتناع ثبوت الخيار، فيبطل ضرورة لأنه لا فائدة فيه[1].

وأما الفعل الضروري المسقط لخيار الرؤية: فهو كل ما يسقط به الخيار، ويلزم البيع ضرورة من غير صنع المشتري، مثل موت المشتري عند الحنفية، خلافاً للشافعي كما بينا في خيار الشرط.

ومثل: إجازة أحد الشريكين دون الآخر ما اشترياه ولم يرياه عند أبي حنيفة.

وكذا هلاك المبيع كله، أو بعضه، وزيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة، أو غير متولدة على التفصيل السابق ذكره في خيار الشرط[2].

قال الكاساني: «والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب: يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية ولا بعدها»[3]؛ لأن خيار الرؤية ثبت شرعاً حقاً لله تعالى[4]، فلا يسقط بإسقاط المتعاقد قصداً، وخيار الشرط والعيب ثابتان باشتراط المتعاقدين، فكان لمن ثبت له خيار منهما إسقاطه قصداً متى أراد، لأنه حقه، كما بينا تفصيله.

وقال المرغيناني: ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو تصرفاً يوجب حقاً

---

(١) البدائع: ٢٩٦/٥، تحفة الفقهاء: ١٣٠/٢ ومابعدها، فتح القدير: ١٤١/٥.

(٢) البدائع: ٢٩٦/٥ ومابعدها، فتح القدير: ١٤١/٥، ١٤٩.

(٣) البدائع: ٢٩٧/٥.

(٤) أي لرعاية مصالح الأفراد العامة أو إن هذا من قبيل النظام العام الذي لايجوز للأفراد الاتفاق على خلافه.

للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها ؛ لأنه لما لزم ، تعذر الفسخ ، فبطل الخيار . وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم ، لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا (أي وصريح الرضا لا يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية) ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا[1] .

المطلب السابع ـ ما ينفسخ به العقد وشروط الفسخ

ما ينفسخ به العقد : ينفسخ العقد بسبب خيار الرؤية بالتصريح بالفسخ ونحوه ، كأن يقول ، فسخت العقد ، أو نقضته ، أو رددته ، ونحوه مما يجري هذا المجرى ، أو بهلاك المبيع قبل القبض ، لذهاب ركن البيع[2] .

شروط الفسخ : يشترط لصحة الفسخ شروط :

١ ـ أن يكون الخيار موجوداً ؛ لأن الخيار إذا سقط بشيء مما تقدم ، لزم العقد ، فلا يحتمل النقض بالفسخ .

٢ ـ ألاّ يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، برد بعض المبيع وإجازة العقد في البعض الآخر ؛ لأن في التفريق ضرراً عليه ، ولأن خيار الرؤية ـ قبل القبض وبعده ـ يمنع تمام الصفقة ، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب .

٣ ـ أن يعلم البائع بالفسخ ، ليكون على بينة من أمره ، وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . أما أبو يوسف : فلا يشترط علم البائع ، على ما تقدم في خيار الشرط[3] .

---

(١) الهداية مع فتح القدير : ١٤١/٥ ومابعدها .

(٢) البدائع : ٢٩٨/٥ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

ويلاحظ أخيراً أن خيار الرؤية لا يورث كما لا يورث خيار الشرط إذا مات المشتري مثلاً بعد ثبوت الخيار له، لأن « الخيار ثبت بالنص للعاقد، والوارث ليس بعاقد، فلا يثبت له، لأن الخيار وصف له، فلا يجري فيه الإرث » كما قال الزيلعي والحنابلة[1].

وقال مالك: يورث خيار الرؤية، كما يورث خيار التعيين والعيب؛ لأن الإرث كما يثبت في الأملاك، يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع[2].

وهذا أقرب إلى المنطق؛ لأن الوارث يخلف المورث في كل ماترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار[3].

المبحث السادس ـ بعض أنواع البيع

تمهيد: ينقسم البيع بالنسبة للبدلين إلى أنواع أربعة[4]:

الأول ـ بيع المقايضة: وهو بيع العين بالعين، كبيع السلع بأمثالها، نحو بيع الثوب بالحنطة، وغيره.

الثاني ـ البيع المطلق: وهو بيع العين بالدين، نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة: وهي الدراهم والدنانير، وبيعها بالفلوس الرائجة (وهي قطع معدنية اصطلح الناس على أنها نقود صالحة للتعامل) وبالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة، والعددي المتقارب الموصوف في الذمة.

الثالث ـ الصرف: وهو بيع الدين بالدين، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق: وهو الدراهم والدنانير، أو كل عملة نقدية رائجة في الأسواق.

(١) تبيين الحقائق: ٣٠/٤، غاية المنتهى: ٣٣/٢.
(٢) البدائع: ٢٦٨/٥، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة: ٢١١/١، الشرح الصغير: ١٤٥/٣.
(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٤٧٧، ٤٨٧.
(٤) راجع المبسوط: ٨٤/١٥ ومابعدها.

الرابع ـ السلم : وهو بيع الدين بالعين ، فإن المسلم فيه بمثابة المبيع وهو دين ، ورأس المال بمثابة الثمن ، وقد يكون عيناً ، وقد يكون ديناً ، ولكن يشترط قبضه قبل افتراق العاقدين عن المجلس ، فيصير عيناً .

ولا يشترط القبض في النوعين الأولين : وهما بيع المقايضة ، والبيع المطلق أي العادي الغالب . ويشترط القبض في النوعين الأخيرين ، ففي الصرف يشترط قبض البدلين ، وفي السلم يشترط قبض أحد البدلين : وهو رأس المال ، كما ذكرنا .

وينقسم البيع أيضاً بالنظر إلى الثمن إلى أربعة أقسام :

١ ـ بيع المرابحة : وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معين .

٢ ـ بيع التولية : وهو المبادلة بمثل الثمن الأول (أي برأس المال) من غير زيادة ولانقصان .

٣ ـ بيع الوضيعة : وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه أي البيع بخسارة معينة .

٤ ـ بيع المساومة : وهو مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان ؛ لأن البائع يرغب كتمان رأس المال ، وهذا هو البيع الشائع الآن .

وهناك أنواع أخرى من البيوع مثل « الاستصناع » المعروف من قديم ، وهو بيع ماسيصنع قبل صنعه ، ومثل « الضمان » وهو بيع الثمار على أشجارها[1] .

وسنتكلم فيما يلي عن السلم والصرف ، والمرابحة والتولية والاستصناع ، وقد تكلمنا عن البيع المطلق ، ولكن بقي شيئان يتعلقان به وهما الربا وإقالة البيع نذكرهما هنا أيضاً .

---

(١) البدائع : ١٣٤/٥ ، فتح القدير : ٣٢٣/٥ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١١ ومابعدها .

- ١ -

عقد السلم

خطة الموضوع :

نتكلم عن هذا العقد في المطالب الآتية :

المطلب الأول ـ مشروعية السلم .

المطلب الثاني ـ تعريف السلم وركنه .

المطلب الثالث ـ شروط السلم .

المطلب الرابع ـ حكم السلم .

المطلب الخامس ـ أوجه الاختلاف بين البيع والسلم .

المطلب الأول ـ مشروعية السلم

السلم مشروع في الكتاب والسنة وإجماع الأمة :

أما الكتاب : فقد فسرت به آية الدين : وهي قوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمىً فاكتبوه ﴾ الآية ، قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية(١) .

---

(١) نصب الراية : ٤/٤٤ ، التلخيص الحبير: ص٢٤٢ ، والحديث رواه الشافعي والطبراني والحاكم والبيهقي .

وأما السنة : فما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث ، فقال : « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[(١)] .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، ولأن بالناس حاجة إليه ؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم أو على الزروع ونحوها حتى تنضج ، فجوز لهم السلم دفعاً للحاجة .

وقد استثني عقد السلم من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم ، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية ، ترخيصاً للناس ، وتيسيراً عليهم[(٢)] .

المطلب الثاني ـ تعريف السلم وركنه

تعريف السلم : السلم أو السلف : بيع آجل بعاجل ، أو بيع شيء موصوف في الذمة أي أنه يتقدم فيه رأس المال ، ويتأخر المثمن لأجل ، وبعبارة أخرى : هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل[(٣)] .

وعرفه الشافعية والحنابلة بقولهم : هو عقد على موصوف بذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس عقد[(٤)] .

---

(١) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس (انظر جامع الأصول : ١٧/٢ ، نصب الراية : ٤٦/٤ ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٤/٢) .

(٢) المبسوط : ١٢٤/١٢ ، فتح القدير : ٣٢٣/٥ ، البدائع : ٢٠١/٥ ، رد المحتار : ٢١٢/٤ ، بداية المجتهد : ١٩٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المغني : ٢٧٥/٤ .

(٣) المراجع السابقة ، ويلاحظ أن السلم والسلف بمعنى واحد في لغة العرب ، والسلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق .

(٤) غاية المنتهى : ٧١/٢ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، كشاف القناع : ٢٧٦/٣ .

وعرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل[1] .

ويشترط فيه مايشترط في البيع ، ويزاد فيه شرائط خاصة سنعرفها .

ركنه : ركن السلم هو الإيجاب والقبول . والإيجاب عند الحنفية والمالكية والحنابلة : هو لفظ السلم والسلف والبيع ، بأن يقول رب السلم : « أسلمت إليك في كذا » أو أسلفت ، وقال الآخر : « قبلت » أو يقول المسلم إليه : « بعت منك كذا » وذكر شرائط السلم ، فقال رب السلم : « قبلت »[2] .

وقال زفر والشافعية : لاينعقد السلم إلا بلفظ السلم أو السلف ؛ لأن القياس ألا ينعقد أصلاً ، لأنه بيع المعدوم ، إلا أن الشرع ورد بجوازه بهذين اللفظين . وفي لفظ البيع وجهان عند الشافعية : بعضهم قال : لاينعقد السلم بلفظ البيع ، وإلا كان بيعاً ؛ لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، وبعضهم الآخر قال : ينعقد ، لأنه نوع بيع ، يقتضي القبض في المجلس ، فانعقد بلفظ البيع كالصرف[3] .

ويسمى المشتري : « رب السلم » أو « المسلم » ، والبائع : يسمى « المسلم إليه » ، والمبيع : « المسلَم فيه » ، والثمن : « رأس مال السلَم » .

وأركان السلم عند غير الحنفية ثلاثة كالبيع : عاقد (مسلم ومسلم إليه) ومعقود عليه (رأس مال السلم والمسلم فيه) وصيغة (ايجاب وقبول) .

المطلب الثالث ـ شروط السلم

يشترط في السلم شروط منها في رأس المال ، ومنها في المسلم فيه ، وقد اتفق أئمة المذاهب على أن السلم يصح بستة شروط : هي أن يكون في جنس معلوم ، بصفة

---

(١) الشرح الكبير : ١٩٥/٣ .

(٢) البدائع : ٢٠١/٥ ، غاية المنتهى ، المكان السابق .

(٣) مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المهذب : ٢٩٧/١ . .

معلومة ، ومقدار معلوم ، وأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤنة ونفقة .

واتفقوا أيضاً على جواز السلم في المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة كالجوز واللوز والبيض ، ونحوها ، كما سنفصل .

واختلفوا في شروط تتعلق برأس المال وبالمسلم فيه ، وفي إقالة بعض السلم ، وسنذكر هذه الشروط والخلاف في أهمها .

شروط رأس مال السلم ، أي (الثمن)

اشترط الحنفية في رأس المال ستة شروط :

١ ـ بيان الجنس : أي أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو من الموزون : قطن أو حديد ، ونحوها .

٢ ـ بيان النوع : إذا كان في البلد نقود ، مثل دنانير نيسابورية أو دراهم غطريفية[1] أو حنطة سقية أو بعلية . فإذا كان في البلد نقد واحد ، فيكتفى بذكر الجنس ، وينصرف إليه لتعينه عرفاً .

٣ ـ بيان الصفة : أي أنه جيد أو وسط أو رديء .

واشتراط هذه الشروط الثلاثة لإزالة الجهالة في العقد ؛ لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة ، ومثل هذه الجهالة تفسد البيع[2] .

٤ ـ إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه بالقدر من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالإشارة اليه . وهذا الشرط عند أبي حنيفة وسفيان الثوري ، فإذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم أو الدنانير » وأشار

---

(١) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي ، أمير خراسان في عهد الرشيد .

(٢) البدائع : ٢٠١/٥ ، فتح القدير : ٣٣٧/٥ ، رد المحتار : ٢١٥/٤ .

إليها ولم يعرف وزنها ، أو قال : « هذه الحنطة » ولم يعرف مقدار كيلها ، فلا يصح السلم ؛ لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه ، وجهالة قدر المسلم فيه تفسد العقد[1] .

فإن أسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات أي (المقيسة بالذراع كالثياب والبسط والحصر) والعدديات المتفاوتة (كالبطيخ والرمان) فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذرعيات ولا بيان القيمة فيها ، ويكتفى بالإشارة والتعيين باتفاق علماء الحنفية[2] .

واتفقوا أيضاً على أن إعلام قدر الثمن في بيع العين المعتاد ليس بشرط إذا كان مشاراً اليه .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم : لا يشترط معرفة قدر رأس المال ، فإن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره ؛ لأنه عوض مشاهد ، كالثمن والمبيع المعين[3] .

وأما الامام مالك : فلم يحفظ عنه في ذلك نص إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف إلا فيما يعظم الغرر فيه ، بأن كان كثيراً مثلاً[4] .

٥ ـ أن تكون الدراهم والدنانير منتقدة[5] عند أبي حنيفة ؛ لأن كل جهالة تفضي إلى المنازعة ، فهي مفسدة للعقد .

وقال الصاحبان : ليس هذا بشرط .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) فتح القدير : ٣٣٨/٥ ، البدائع : ٢٠٢/٥ .

(٣) مغني المحتاج : ١٠٤/٢ ، المهذب : ٣٠٠/١ ، المغني : ٢٩٨/٤ .

(٤) بداية المجتهد : ٢٠٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٩٧/٣ ، ٢١٨ .

(٥) انتقد الدراهم : نظرها ليعرف جيدها وزيفها .

٦ ـ تعجيل رأس المال وقبضه فعلاً في مجلس العقد قبل افتراق العاقدين بنفسيهما ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً ، فإن تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ ، لأنه يختل عندئذ الغرض المقصود من السلم ، وهو الاستعانة على الإنتاج والتحصيل . فلو كان الثمن عيناً وافترق العاقدان دون قبض ، اختل معنى السلم ؛ لأن الرسول ﷺ يقول : « أسلفوا في كيل معلوم »(١) والإسلاف : هو التقديم ، ولأنه إنما سمي سلماً لتسليم رأس المال ، فإذا تأخر لم يكن سلماً ، فلم يصح ، فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى اسم السلم .

وإن كان الثمن ديناً في الذمة أي (من النقود مثلا) فلا بد من تسليمه أيضاً ، حتى لا يكون السلم بيعاً للدين بالدين ؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة ، فلو أخر تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد ، لكان التأخير في معنى مبادلة الدين بالدين . وقد « نهى الرسول ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ »(٢) أي الدين بالدين ، ولأن في السلم غرراً « أي تعريضاً للهلاك أو على خطر الوجود » ، فلا يضم إليه غرر تأخير تسليم رأس المال .

وهذا الشرط متفق عليه بين الحنفية والشافعية والحنابلة(٣) .

---

(١) هذا مأخوذ من الحديث السابق تخريجه وهو « من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم .. الحديث » قال الشافعي : « معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم .. » (نصب الراية : ٤٦/٤) .

(٢) رواه الدارقطني في سننه وابن أبي شيبة واسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم عن ابن عمر ، ولفظ البزار « نهى رسول ﷺ عن بيع الغرر ، وعن بيع كالئ بكالئ ، وعن بيع عاجل بآجل . فالغرر : أن تبيع ما ليس عندك ، والكالئ : دين بدين ، والعاجل بالآجل : أن يكون له عليك ألف درهم مؤجل فتعجل عنها بخمسمائة » رواه ابن عدي في الكامل ، وأعله بموسى بن عبيدة ، وقد صحح الحاكم رواية الدارقطني المذكورة في صلب الكلام عندنا ، وتعقب بأنه تفرد به موسى بن عبيدة ، وقد ضعفه أحمد إلا أنه قال : ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين .
وقال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث (انظر نصب الراية : ٣٩/٤ ، مجمع الزوائد : ٨٠/٤ ، نيل الأوطار : ١٥٦/٥ ، الموطأ : ١٥٣/٢) .

(٣) فتح القدير مع العناية : ٣٤٢/٥ ، البدائع : ٢٠٢/٥ ، رد المحتار : ٢١٨/٤ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المهذب : ٣٠٠/١ ، المغني : ٢٩٥/٤ ، غاية المنتهى : ٧٩/٢ .

وقال الإمام مالك : يجوز تأخير قبض رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل ، ولو بشرط في العقد ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً ؛ لأن السلم معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس المال عن أن يكون سلماً ، فأشبه ما لو تأخر إلى آخر المجلس ، وكل ما قارب الشيء يعطى حكمه ، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ .

فإن أخر رأس المال عن ثلاثة أيام ، فإن كان التأخير بشرط ، فسد السلم اتفاقاً ، سواء أكان التأخير كثيراً جداً بأن حل أجل المسلم فيه ، أم لم يكثر جداً بأن لم يحل أجله .

وإن كان التأخير بلا شرط : فقولان في المدونة الكبرى لمالك بفساد السلم وعدم فساده ، سواء كثر التأخير جداً ، أو لا ، والمعتمد الفساد بالزيادة عن الثلاثة الأيام ، ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط[1] .

شروط المسلم فيه :

اشترط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً :

أحدها : أن يكون معلوم الجنس : كأن يبين أنه حنطة أو شعير أو نحوهما .

الثاني : أن يكون معلوم النوع : كأن يقال حنطة سقية أو سهلية أو جبلية .

الثالث : أن يكون معلوم الصفة : كأن يقال : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط . ويلاحظ أنه يكتفى ببيان الجنس والنوع والصفة ، فلا يصح أن يذكر في العقد أنه من الناتج الذي سيظهر جديداً ، وهو لم يتكون بعد ، لأنه يكون بيع المعدوم صراحة ، وهو لا يجوز .

الرابع : أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، والسبب

---

(١) حاشية الدسوقي : ١٩٥/٣ ، المنتقى على الموطأ : ٣٠٠/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ .

في اشتراط هذه الشروط الأربعة : هو ما ذكرناه في شرط رأس المال : وهو إزالة الجهالة ؛ لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة ، وأنها مفسدة للعقد ، وقال عليه السلام : « من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[1] .

الخامس : ألا يكون في البدلين إحدى علتي ربا الفضل : وهي إما القدر المتفق أو الجنس المتحد ؛ لأن العقد حينئذ يتضمن الربا ؛ لأن حرمة ربا النساء تتحقق بأحد هذين الوصفين .

وبعبارة أخرى : إنه يشترط ألا يكون في السلم أحد وصفي علة ربا الفضل : وهو إما الكيل أو الوزن وإما الجنس ؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء ، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في بدلي السلم يتحقق ربا النساء ، والعقد الذي فيه ربا فاسد .

فإن لم يتحقق القدر المتفق ، بأن اختلف المسلم فيه ورأس مال السلم كبيع حنطة بنقود ، أو زعفران بدراهم أو دنانير ، فيصح السلم ، لانعدام علة ربا النسيئة : وهي القدر المتفق أو الجنس . أما المجانسة فظاهرة الانتفاء ، وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، فالنقود توزن بالمثاقيل ، والزعفران ونحوه يوزن بالرطل أو القبان ، وأما الحنطة فهي مكيلة ، والنقود موزونة[2] .

وعبر المالكية عن هذا الشرط بقولهم : أن يكون رأس مال السلم والمسلم فيه مختلفين جنساً تجوز النسيئة فيه بينهما ، فلا يجوز إسلاف الذهب والفضة أحدهما في الآخر ؛ لأن ذلك ربا ، وكذلك لا يجوز تسليم الطعام بعضه في بعض على الإطلاق لأنه ربا ، ويجوز إسلاف الذهب والفضة في الحيوان والعروض والطعام ، ويجوز

---

(١) المبسوط : ١٢٤/١٢ ، فتح القدير : ٣٣٧/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٠٧/٥ ، رد المحتار : ٢١٥/٤ .

(٢) البدائع : ٢١٤/٥ ، ١٨٦ ، رد المحتار : ٢١٧/٤ .

إسلاف العروض بعضها في بعض[1] .

السادس : أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين : فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه ؛ لأن المسلم فيه مبيع ، والمبيع مما يتعين بالتعيين ، والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات ، فلم تكن مبيعة ، فلا يجوز السلم فيها .

وهل يجوز السلم في التبر والسبائك ؟ فيه روايتان : رواية : لا يجوز ؛ لأن التبر والسبيكة بمنزلة الدراهم المضروبة . ورواية أخرى : يجوز لأنها بمنزلة العروض .

ويخرج على هذا : السلم في الفلوس[2] عدداً : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الفلوس عندهما ليست بثمن مطلق[3] بل مما تتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العددية .

ولا يجوز السلم فيها عند محمد ؛ لأنها أثمان عنده[4] .

السابع : أن يكون المسلم فيه مؤجلا ، وقد اختلف العلماء في هذا الشرط . وفيه يعرف حكم السلم الحال .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة : يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلاً ، ولا يصح السلم الحال ، لقول النبي ﷺ : « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » فهذا الحديث أمر بالأجل ، والأمر يقتضي

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ .

(٢) الفلس : قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) أي أن ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال ، لأنها ثبتت بالاصطلاح ، فتزول بالاصطلاح ، والعقد عليها : معناه الاتفاق على إبطال ثمنيتها في حق العاقدين .

(٤) المبسوط : ١٢/١٣٦ ، البدائع : ٥/٢٠٨ ، ٢١٢ .

الوجوب ، كما أوجب كون المسلم فيه مقدراً بالكيل أو الوزن ، ولأن السلم أجيز رخصة للرفق بالناس ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق ، فلا يصح ، وباعتباره رخصة فيقتصر على حال ورودها[1] .

وقال الشافعي : يصح السلم حالاً ومؤجلاً ، فإن أطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجوداً انعقد حالاً ، لأنه إذا جاز السلم مؤجلاً ، فلأن يجوز حالاً بالأولى ، لبعده عن الغرر . والمراد من الحديث «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل ، لا الأجل نفسه . وفائدة العدول من البيع إلى السلم الحال حينئذ : هو جواز العقد مع غيبة المبيع ، فإن المبيع إذا لم يكن حاضراً مرئياً لا يصح بيعه عند الشافعية . وإن أخر العقد لإحضاره ، فربما تلف ، أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه ، كما لا يتمكن حينئذ من فسخ العقد ؛ لأن العقد متعلق بالذمة ، وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به[2] .

واختلف العلماء أيضاً في مدة أجل السلم :

فقال الحنفية والحنابلة : إن أجل السلم مقدر بشهر أو ماقاربه ؛ لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل .

وقال المالكية : أقل الأجل نصف شهر ؛ لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً ، واختلافها مظنّة لحصول المسلم فيه . هذا .. إلا إذا اشترط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد ، وكانت المسافة يومين من بلد العقد ، لأنها مظنة اختلاف الأسواق في البلدين ، وإن لم تختلف بالفعل ، واشترط في العقد أيضاً الخروج فوراً إلى البلد ، كما اشترط أن يخرج رب السلم والمسلم إليه أو وكيلهما بالفعل ، وأن

---

(١) المبسوط : ١٢٥/١٢ ، البدائع : ٢١٢/٥ ، فتح القدير : ٣٣٥/٥ ، المنتقى على الموطأ : ٢٩٧/٤ ، بداية المجتهد : ٢٠١/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٠٥/٣ وما بعدها ، المغني : ٢٨٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، غاية المنتهى : ٧٨/٢ .

(٢) المهذب : ١ ص٢٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص١٠٥ .

يعجل قبض رأس المال في المجلس أو قربه، وأن يكون السفر في يومين ببر أو بغير ريح.

فإذا وجدت هذه الشروط الخمسة، لا يشترط التأجيل بنصف شهر عند المالكية.

واتفق العلماء على أن الأجل لا بد من أن يكون معلوماً، لقوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى﴾ وقول النبي ﷺ: «إلى أجل معلوم» ولأنه بمعرفة الأجل يتحدد الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه، فإذا جهل الأجل لم يفد معرفة ذلك، ووقع رب السلم في الغرر. ولكنهم اختلفوا في كيفية العلم بالأجل.

فقال الحنفية والحنابلة والشافعية: لابد من تحديد زمان بعينه، لا يختلف، فلا يصح التأجيل للحصاد والدراس والنيروز «اليوم الأول من السنة القبطية، وهو أول الربيع» والمهرجان «أول الخريف» وعيد النصارى وقدوم الحاج، والصيف والشتاء، ونحوها[1]، ودليلهم: أن الرسول ﷺ قال: «إلى أجل معلوم» والتحديد بهذه الأوقات مثار النزاع، لأنه غير معلوم إذ أنه يتقدم ويتأخر، ويقرب ويبعد، ويؤيده ما روي عن ابن عباس أنه قال: «لاتتبايعوا إلى الحصاد والدياس[2] ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم»[3].

وقال المالكية: يجوز السلم إلى هذه الأوقات، ويعتبر ميقاتها: هو الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر: وهو وسط الوقت المعد لها الذي يغلب فيه الوقوع. ودليلهم: أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة، لا يتفاوت فيه

---

(١) فتح القدير: ٥ ص ٢٢٢، ٣٣٦.

(٢) هو دوس الحب بالقدم ونحوها لينقشر.

(٣) قال الحافظ الزيلعي: روى البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابن عباس أنه قال: «لاتبيعوا إلى العطاء، ولا إلى الأندر (أي البيدر أو المكدس من القمح خاصة) ولا إلى الدياس» (راجع نصب الراية: ٤ ص ٢١).

تفاوتاً كثيراً ، فأشبه ما إذا قال إلى رأس السنة[1] .

الثامن : أن يكون جنس المسلم فيه أي (المبيع) موجوداً في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب . فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل ، أو انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن ونحوها ، لا يجوز السلم ؛ لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال ، وفي وجودها عند حلول الأجل شك ، لاحتمال الهلاك ، فإن بقي الشيء المسلم فيه في الأسواق إلى الوقت المؤجل ، ثبتت القدرة على التسليم ، وإن هلك قبله لا تثبت . وبعبارة أخرى : إن اشتراط هذا الشرط لضمان تنفيذ تسليم المسلم فيه .

وعلى هذا : إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضع معلوم : فإن كان مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها أو أرض كذا بعينها : لا يجوز السلم ، لعدم تحقق القدرة على التسليم ، وهو غرر من غير حاجة ، فمنع صحة العقد .

وإن كان مما لا يحتمل الانقطاع ، كأن يسلم في حنطة إقليم كالعراق أو خراسان ، أو في حنطة بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى ومحافظة حوران ، فيجوز السلم ، إذ لا يتوهم الانقطاع ؛ لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن .

وقال بعض مشايخ الحنفية : لا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة . والصحيح هو ما ذكرناه أولاً[2] . هذا هو مذهب الحنفية .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يشترط أن يكون المسلم فيه عام الوجود مأمون الانقطاع ، وقت حلول الأجل فقط ، سواء وجد عند العقد أم لم يوجد ؛ لأن المهم هو القدرة على التسليم ، فيعتبر وقت وجوب التسليم ، ولأن النبي ﷺ قدم

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٩٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ .

(٢) المبسوط : ١٢ ص ١٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣١ ، البدائع : ٥ ص ٢١١ .

المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنين، فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم» ولم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم، ولو كان شرطاً لذكره، ولنهاهم عن السلم سنتين، لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة[1].

إلا أن المالكية شرطوا أن يكون التزام المسلم فيه مطلقاً في الذمة، فلا يجوز السلم في شيء معين كزرع قرية بعينها، وعليه لم يجز السلم في العقار اتفاقاً لتعينه[2].

واجتهاد غير الحنفية أوجه وأوسع[3].

وفي اجتهاد الحنفية: إذا حل أجل تسليم المسلم فيه، وانقطع وجود المبيع بحيث يتعذر تسليمه، كان المشتري بالخيار بين أن ينتظر وجوده، أو يفسخ البيع، ويسترد الثمن[4].

التاسع: أن يكون العقد باتاً: ليس فيه خيار الشرط للعاقدين أو لأحدهما. فلو أسلم شخص ديناراً في مد حنطة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المسلم إليه الثمن (رأس المال)، وتفرقا ببدنيهما، يفسد عقد السلم؛ لأن جواز البيع بشرط الخيار ثبت على خلاف القياس لحاجة الناس إليه، فلا يقاس عليه غيره، إذ لا حاجة في السلم إلى الخيار؛ ولأن شرعية الخيار لدفع الغبن، والسلم مبني على الغبن ونقص الثمن، لأنه بيع المفاليس كما يسمى، فلم يكن داخلاً تحت مورد النص الذي يجيز الخيار.

فلو اتفق المسلم إليه ورب السلم على إبطال الخيار قبل التفرق من المجلس، وكان

---

(١) المنتقى على الموطأ: ٤ص٣٠٠، حاشية الدسوقي: ٣ص٢١١، مغني المحتاج: ٢ص١٠٦، المهذب: ١ص٢٩٨، المغني: ٤ص٢٩٣ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ص٧٩.

(٢) القوانين الفقهية: ص٢٦٩.

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقاء: حاشية ص١٢٠.

(٤) رد المحتار والدر المختار: ٤ص٢١٤، عقد البيع، المرجع السابق.

رأس المال (الثمن) قائماً في يد المسلم إليه ، انقلب العقد جائزاً عند جمهور الحنفية ، خلافاً لزفر. أما لو كان رأس المال هالكاً فلا ينقلب العقد جائزاً ؛ لأن رأس المال يصير حينئذ ديناً على المسلم إليه ، والسلم لا ينعقد برأس مال دين .

ويمكن تفريع هذا الشرط على اشتراط قبض رأس المال في مجلس عقد السلم ؛ لأن اشتراط الخيار يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد .

ويلاحظ أن خيار الرؤية وخيار العيب في رأس المال (الثمن) إذا كان عيناً قيمية أو مثلية ، لا يفسد عقد السلم ؛ لأن الخيارين المذكورين لا يمنعان ثبوت الملك في البدل .

وأما بالنسبة للمسلم فيه (المبيع) فلا يثبت خيار الرؤية فيه بالاتفاق ؛ لأن هذا الخيار لا يجري فيما يملكه الإنسان ديناً في الذمة ، إذ لا فائدة في الخيار حينئذ ؛ لأن ثمرته في الأصل رد المبيع الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب المشتري ، والمبيع المسلم فيه ليس عيناً معينة ، بل دين في الذمة يقضى بأمثاله ، فعند رؤيته إذا ساغ رده بخيار الرؤية يعود ديناً كما كان ، ويجب أداء مثل آخر ، فيمكن رده أيضاً بالخيار ، وهكذا فيتسلسل ، فلذا يكتفى بوصف المبيع لصحة السلم ، فيقوم بيان الوصف مقام المعاينة .

وأما خيار العيب في المسلم فيه : فإنه يصح ثبوته ؛ لأنه لا يمنع تمام القبض الذي تتم به الصفقة[1] .

العاشر : بيان مكان الإيفاء إذا كان للمبيع كلفة ومؤونة ، كالحنطة والشعير ، وهذا الشرط في جواز السلم عند أبي حنيفة ، وأما عند الصاحبين ، فلا يشترط ذلك .

ومنشأ الخلاف هو : هل يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء فيما يحتاج لحمل

---

(١) فتح القدير : ٥ص٣٤٣ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١١٩ .

ومؤونة ؟ مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولاً لا يجوز السلم ؛ لأنها جهالة مفضية إلى المنازعة[1] .

قال أبو حنيفة : لا يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء ؛ لأن العقد إذا وجد مطلقاً عن تعيين مكان ، فلا يتعين مكان العقد للإيفاء وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء ، بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة بسبب الخلاف على نفقات النقل .

وقال الصاحبان : يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء ، فلا يكون هناك جهالة فيصح السلم ؛ لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد ، والعقد وجد في هذا المكان ، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه كما في بيع العين .

ويرد عليهما : بأن العقد قائم بالعاقدين ، لا بالمكان ، وهذا مكان المتعاقدين وليس مكاناً للعقد ، فلم يوجد العقد في هذا المكان .

ويجري هذا الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الإجارة إذا احتاج الأمر إلى نفقة نقل ، فعند أبي حنيفة : لا يصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة . وعند الصاحبين : تصح الإجارة ، ويتعين مكان إيفاء الأجرة بتعيين مكان إيفاء المعقود عليه . فإن كان المأجور داراً أو أرضاً ، فتسلم الأجرة عند الدار والأرض ، وإن كان المأجور دابة فعند بدء انطلاق السير . وإن كان ثوباً دفع إلى مصبغة مثلاً ، ففي الموضع الذي يسلم فيه الثوب . ويلاحظ أن مكان العقد يتعين مكاناً للتسليم عند الصاحبين إذا أمكن التسليم في مكان العقد . فإذا لم يمكن : بأن كان في البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم ، ولكن يسلم في أقرب الأماكن الذي يمكن التسليم فيه من مكان العقد .

---

(١) البدائع : ٥ص٢١٣ ، المبسوط : ١٢ص١٢٨ ، فتح القدير : ٥ص٣٤١ ، رد المحتار : ٤ص٢١٦ .

وأما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كلفة ومؤونة كالجواهر واللآلئ ونحوها من المنقولات الخفيفة الحمل، فهناك روايتان عن الحنفية :

في رواية : يتعين مكان العقد، وهذا قول الصاحبين .

وفي رواية، وهي الأصح عندهم : يسلم الشيء حيثما لقي أحد العاقدين صاحبه، ولا يتعين مكان العقد ؛ لأن الأماكن كلها سواء، إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤونة[1] . ولو عينا مكاناً آخر للإيفاء سوى مكان العقد : فإن كان فيما له حمل ومؤونة يتعين، وإن كان فيما ليس له حمل ومؤونة ففيه روايتان :

في رواية : لا يتعين، وله أن يوفيه في أي مكان شاء .

وفي رواية : يتعين وهو الأصح، لأنه يفيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق[2] .

وقال المالكية : الأحسن اشتراط مكان الدفع[3] .

وقال الشافعية : المذهب أن المسلم فيه إذا سلم بموضع لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولحمله مؤنة، اشترط بيان محل تسليم المسلم فيه، لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك . فإن صلح المكان للتسليم ولم يكن لحمله مؤنة، فلا يشترط ذكر مكان التسليم، ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف[4] .

وقال الحنابلة : لا يشترط ذكر مكان الوفاء إن لم يعقد بنحو برية وسفينة . ويتعين مكان العقد للتسليم عند الاختلاف[5] .

---

(١) فتح القدير: ٥ص٣٤٢، البدائع: ٥ص٢١٣.

(٢) فتح القدير مع العناية: ٥ص٣٤٢، رد المحتار: ٤ص٢١٦ وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية: ص٢٧٠.

(٤) مغني المحتاج: ٢ص١٠٤.

(٥) غاية المنتهى: ٢ص٨٠.

الحادي عشر: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً أي أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة: وهي المثليات، بأن يكون من المكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو الأعداد المتقاربة، مثل الحبوب والثمار والدقيق والثياب، والقطن والكتان والحديد والرصاص والأدوية، والجوز والبيض؛ لأن المكيلات والموزونات ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى فيها إلا تفاوت يسير، لأنها من ذوات الأمثال. وأما المتقارب من الذرعيات والعدديات، فلأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة.

فإن كان مما لا يضبط بالوصف، كالعدديات المتفاوتة، والذرعيات المتفاوتة، مثل الدور والعقارات والجواهر واللآلئ والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والسفرجل والبطاطيخ ونحوها: لا يجوز السلم فيها، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة بسبب التفاوت في المالية بين آحاد هذه الأشياء، فهناك تفاوت فاحش بين جوهر وجوهر، ولؤلؤ ولؤلؤ، وحيوان وحيوان، وجلد وجلد، وهكذا لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة الضوء والصفاء، فيقع البيع فيها على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز.

هذا هو مذهب الحنفية. ويلاحظ أنهم أجازوا السلم في العدديات المتقاربة مطلقاً كيلاً، ووزناً وعدداً. أما العدديات المتفاوتة: فلم يجيزوا السلم فيها لا وزناً ولا عدداً[1].

وقال المالكية: يصح السلم فيما ينضبط، وفيما لا ينضبط بالوصف، إذا اشترط رب السلم منها شيئاً معلوماً جنسه وصفته ومقداره إما بالوزن فيما يوزن وإما بالكيل

---

(١) المبسوط: ١٢ ص١٣١، ١٣٦، البدائع: ٥ ص٢٠٨ وما بعدها، فتح القدير: ٥ ص٣٢٤ وما بعدها، ٣٥٤، رد المحتار: ٤ ص٢١٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٣٩.

فيما يكال أو بالذرع فيما يذرع ، أو بالعدد فيما يعد أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ؛ لأن شرط صحة السلم : أن يضبط المسلم فيه ، وأن يكون ضبطه بما جرت العادة بضبطه به بالوزن أو الكيل أو العدد أو الذرع . أما بالنسبة للعدديات المتقاربة ، فيجوز السلم فيها عدداً ، لأنها لا تتباين كثيراً[1] .

وقال الشافعية : يصح السلم فيما ينضبط بالوصف دون ما لا ينضبط ، أما بالنسبة للعدديات المتقاربة كالجوز واللوز فيصح السلم كيلاً أو وزناً ، أو ذرعاً ولا يجوز عدداً ؛ لأن ذلك يتباين ويختلف ، فلم يجز عدداً كالبطيخ . وأما العدديات المتفاوتة ، فيصح السلم فيها وزناً في البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان ، وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل لتفاوت وحداته وتنافرها في المكيال ، ولا يكفي فيها العدّ لكثرة التفاوت فيها ، فلم يمكن تقديرها بغير الوزن[2] .

وقال الحنابلة : يصح السلم فيما ينضبط بالوصف كمكيل وموزون دون ما لا ينضبط . أما العدديات المتقاربة : فيجوز السلم فيها عدداً كما قال المالكية ، لأنها لا تتباين كثيراً . وأما العدديات المتفاوتة ففيها وجهان : وجه يصح السلم فيها عدداً وتضبط وحداتها بالصغر والكبر . ووجه : لا يصح السلم فيها إلا وزناً ، كما قال الشافعية[3] .

وهكذا يكون مذهب الشافعية والحنابلة قريباً من مذهب الحنفية ، والخلاف بينهم محصور في السلم في العدديات المتقاربة عدداً ، وفي العدديات المتفاوتة . وأجاز المالكية السلم فيما لا ينضبط بالوصف .

وسنذكر حكم بعض المبيعات التي لها صلة بشرط انضباط الوصف . . ومنها :

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص٢٠٧ ، ٢١٥ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص٢٩٢ ، ٢٩٤ ، ٢٩٦ .

(٢) المهذب : ١ ص٢٩٧ ، ٢٩٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص١٠٧ .

(٣) المغني : ٤ ص٢٧٦ ، ٢٨٨ وما بعدها .

السلم في الحيوان :

يجوز السلم في الأليات والشحوم وزناً بلا خلاف، وأما السلم في الحيوان ذاته، فقد اختلف فيه الفقهاء :

فقال الحنفية : لا يجوز السلم في الحيوان كيفما كان، لما روي عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان»[(١)] ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً في تقدير ماليته، فلا يمكن ضبطه، وإن استقصى الواصف صفاته التي يختلف بها الثمن، والاختلاف فيه يفضي إلى المنازعة مثل سائر العدديات المتفاوتة[(٢)]. وعليه فلا يصح السلم في الخرفان كما يفعل بعض الناس، لأنها لا تنضبط.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز السلم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه، وقد روى مسلم «أنه ﷺ اقترض بَكْراً - وهو الفتيّ من الإبل»[(٣)] وروى أبو داود «أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل»[(٤)] وهذا سلم لا قرض لما فيه من الفضل والأجل. وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان فقال ابن السمعاني عنه في الاصطلام : «غير ثابت وإن أخرجه الحاكم» ولكن صحة السلم في الحيوان عند هؤلاء مشروطة بذكر

---

(١) أخرجه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. والصحيح أن في إسناده اسحاق بن ابراهيم ابن جوتى، وهو واهي الحديث. وقال عنه ابن حبان: «منكر الحديث جداً، يأتي عن الثقات بالموضوعات، لايحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب» (انظر نصب الراية: ٤ ص٤٦، التلخيص الحبير: ص٢٤٥).

(٢) المبسوط: ١٢ ص١٣١، فتح القدير: ٥ ص٣٢٧ وما بعدها، البدائع: ٥ ص٢٠٩.

(٣) سيأتي تخريجه في باب القرض.

(٤) رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي من طريقه، وفي اسناده ابن اسحاق، وقد اختلف عليه فيه، ولكن أورده البيهقي في الخلافيات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه (انظر التلخيص الحبير لابن حجر: ص٢٣٥).

نوعه وسنه وذكورته وأنوثته ولونه وقدّه طولاً وقصراً على التقريب[1] .

السلم في اللحم مع العظم :

قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم مع العظم ، لوجود الجهالة المفضية إلى المنازعة من جهتين : جهة السمن والهزال ، وجهة قلة العظم وكثرته . وكذلك لا يجوز في الأصح عنده السلم في اللحم المنزوع العظم ، لوجود الجهالة فيه أيضاً من جهة السمن والهزال ، وهذا كاف لأن الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع إحداهما ، كما يثبت معهما[2] .

وقال الصاحبان والمالكية والشافعية والحنابلة : يصح السلم في اللحم بشرط ضبط صفاته بذكر جنس اللحم : لحم شاة أو بقر ، ونوعه : لحم شاة ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل ، معلوفة أو سائمة ، وسنه : لحم شاة ثني أو جذعة ، وصفته : سمين أو مهزول أو وسط ، وموضعه : من الفخذ أو الكتف أو الجنب ، ومقداره : عشرة أرطال مثلاً . ودليلهم قول النبي ﷺ : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره : إباحة السلم في كل موزون ، ولأنه إذا جاز السلم في الحيوان ، فاللحم أولى[3] .

السلم في السمك :

السلم في السمك عند الجمهور كالسلم في اللحم . وأما عند أبي حنيفة فاختلفت عبارات الروايات ، والصحيح من المذهب : أن السلم يجوز في السمك الصغار ، كيلاً أو

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص٢٩٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص٢٠٧ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص١١٠ ، المغني : ٤ ص٢٧٨ ، ٢٨٢ ، غاية المنتهى : ٢ ص٧٢ .

(٢) المبسوط : ١٢ ص١٣٣ ، البدائع : ٥ ص٢١٠ ، فتح القدير : ٥ ص٣٣٣ ، رد المحتار : ٤ ص٢١٤ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص٢٧٠ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص١١١ وما بعدها ، المهذب : ١ ص٢٩٨ ، المغني : ٣ ص٢٨٠ ، غاية المنتهى : ٢ ص٧١ .

وزناً ، ويستوي فيه المالح والطري ؛ لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ، ولا اختلاف العظم ، بخلاف اللحم .

وأما الكبار ففي ظاهر الرواية : يجوز كيفما كان وزناً[1] .

السلم في الثياب :

الثياب من العدديات المتفاوتة ، فلا يجوز فيها السلم قياساً عند الحنفية ، لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ، ويجوز السلم فيها استحساناً إذا بين الجنس والنوع ، والصفة والرقعة « أي القدر من الثخانة والغلظ » والذرع طولاً وعرضاً ، فيلحق بالمثليات لحاجة الناس إليه وتعاملهم به .

وإن كان ثوب حرير فاختلف المشايخ في بيان وزنه ، والأصح قول بعضهم : لا بد من بيان وزنه أيضاً ؛ لأنه مقصود فيه ، وقيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن[2] .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً السلم في الثياب كما لاحظنا[3] ، قال ابن المنذر : وأجمعوا على جواز السلم في الثياب[4] .

السلم في التبن :

لا يجوز عند الحنفية السلم في التبن أوقاراً (أي أحمالاً) لتفاوت فاحش بين الوقرين . ولكن يجوز فيه بقبان معلوم من قبابين التجار ، فلا يكون هناك اختلاف . والحكم يجري في الحطب : لا يجوز حِزَماً ، ويجوز وزناً[5] .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص١٣٨ ، البدائع : ٥ ص٢١١ ، فتح القدير : ٥ ص٣٣٣ ، رد المحتار : ٤ ص٢١٣ .

(٢) المبسوط : ١٢ ص١٣٣ ، فتح القدير : ٥ ص٣٥٣ ، البدائع : ٥ ص٢٠٩ .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص١٠٧ ، غاية المنتهى : ٢ ص٧٢ .

(٤) المغني : ٤ ص٢٧٦ .

(٥) المبسوط : ١٢ ص١٤١ ، البدائع : ٥ ص٢٠٩ .

السلم في الخبز:

لا يجوز السلم في الخبز عدداً بالاتفاق لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر. وأما وزناً فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لا يجوز، للتفاوت الفاحش بين الخبز في النضوج، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة.

وفي نوادر ابن رستم: لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وهذا قول الشافعية لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط. ويجوز عند أبي يوسف: إذا شرط نوعاً معلوماً ووزناً معلوماً وأجلاً معلوما[1].

وقال المالكية والحنابلة: يصح السلم في الخبز ونحوه مما أمكن ضبطه ومسته النار؛ لأن ظاهر الحديث: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم» إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة، فصح السلم فيه[2].

قرض الخبز:

قال أبو حنيفة: لا يجوز استقراض الخبز، كالسلم لا وزناً ولا عدداً. وجوز أبو يوسف القرض فيه وزناً لا عدداً كالسلم. وجوز محمد استقراض الخبز عدداً ووزناً لحاجةِ الناس وتعارفهم إياه، وإن لم يكن من ذوات الأمثال، وهذا هو المفتى به عند الحنفية لتعامل الناس وحاجاتهم إليه[3].

وقال المالكية: يجوز قرض الخبز وزناً وعدداً لحاجة الناس إليه، والمماثلة في العدد مما يتسامح فيه[4].

---

(١) البدائع: ٥ ص٢١١، المهذب: ١ ص٢٩٧.

(٢) المغني: ٤ ص٢٧٧، الميزان للشعراني: ٢ ص٧٤.

(٣) تحفة الفقهاء: ٢ ص١٩، الدر المختار ورد المحتار: ٤ ص١٩٥، فتح القدير: ٥ ص٢٩٩.

(٤) حاشية الدسوقي: ٣ ص٢٢٢.

وقال الشافعية والحنابلة في أصح الوجهين : يجوز قرض الخبز عدداً ويجوز وزناً لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار[1] . وقد روت عائشة رضي الله عنها قالت : «قلت : يا رسول الله ، إن الجيران يستقرضون الخبز ، والخمير ، ويردون زيادة ونقصاناً ؟ فقال : لا بأس إن ذلك من مرافق الناس ، ولا يراد به الفضل»[2] .

المطلب الرابع ـ حكم السلم

مقتضى السلم : أنه يثبت الملك في المسلم فيه لرب السلم ، مؤجلاً ، بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعين أو الموصوف في الذمة للمسلم إليه .

وقد أجيز حكمه بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس ، ولكن بالشرائط المخصوصة التي ذكرناها والتي هي غير مشروطة في عقد البيع .

المطلب الخامس ـ أوجه الاختلاف بين البيع والسلم

يترتب على الشروط الخاصة بعقد السلم أن يختلف السلم عن البيع من وجوه :

١ ـ استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد :

وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه . وفيه قال الحنفية : لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض . أما الثمن فيجوز استبداله إذا كان ديناً ؛ لأن قبض رأس المال شرط في السلم ، وبالاستبدال لا يحصل القبض حقيقة ؛ لأن المسلم إليه يقبض بدل رأس المال حينئذ ، وبدل الشيء غيره . أما الثمن في البيع فلا يشترط قبضه ، والبدل يقوم مقامه معنى . كذلك لا يجوز الاستبدال ببدلي الصرف ؛ لأن قبضها شرط حقيقة .

---

(١) المهذب : ١ ص٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص١١٩ ، المغني : ٤ ص٣١٩ .

(٢) ذكره أبو بكر الشافي بإسناده عن عائشة رضي الله عنها ، وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل «أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير؟ فقال : سبحان الله ، إنما هذا من مكارم الأخلاق ، فخذ الكبير ، وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء ، سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك» (انظر المغني : ٤ ص٣١٩) .

وأما استبدال المسلم فيه : فلا يجوز أيضاً قبل القبض كاستبدال المبيع المعين ، لأن المسلم فيه مبيع منقول ، وإن كان ديناً ، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز[1] .

وإذا انفسخ عقد السلم أو تقايل العاقدان السلم : فلا يجوز الاستبدال برأس مال السلم الموجود مع المسلم إليه ، أي أنه لا يجوز لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه كله ، وهذا قول علماء الحنفية الثلاثة أخذاً بالاستحسان[2] ، لقوله عليه السلام : « لا تأخذ إلا سلمك ، أو رأس مالك »[3] أي عند الفسخ ، ولأن الإقالة بيع جديد في حق شخص ثالث غير العاقدين ، والثالث هنا هو الشرع . ويعتبر رأس المال : هو المبيع ، وإذا ثبت تشابه رأس المال والمبيع ، فالمبيع لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فكذا ما أشبهه .

والقياس أن يجوز الاستبدال برأس المال بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً أي من النقود ، وهو قول زفر لأن رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين ، ويرد عليه بالحديث والمعقول السابقين[4] .

واتفقوا على أن الاستبدال ببدلي الصرف بعد الإقالة قبل القبض جائز ؛ لأن بدل الصرف لا يتعين بالتعيين ، فلو تبايعا دراهم بدنانير ، جاز استبدالها قبل القبض

---

(١) البدائع : ٥ ص٢٠٣ .

(٢) وذهب مالك إلى أنه لا يجوز ذلك إذا كان المسلم فيه طعاماً ، لنهي الرسول ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى (بداية المجتهد : ٢/ ٢٠٥) وأجاز الشافعي وفي قول عن أحمد هذا البيع ، لأن صاحب المال قد ملك رأس ماله بالإقالة ، وصار ديناً في ذمة المسلم إليه الذي برئ من تسليم المسلم فيه ، فيجوز له أن يشتري به ما أحب ممن أحب (الأم : ٣/ ١١٧ ، المغني : ٤/ ٣٠٤) .

(٣) نص الحديث كما رواه الدارقطني عن ابن عمر هو « من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف أو رأس ماله » قال إبراهيم بن سعيد الجوهري : « فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص٢٢٧ وما بعدها ، نصب الراية : ٤ ص٥١) . وروى أبو داود في سننه « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .

(٤) فتح القدير مع العناية : ٥ ص٣٤٦ ، رد المحتار : ٤ ص٢١٨ وما بعدها .

بأن يمسكا ما أشارا إليه في العقد ، ويؤديا بدله قبيل الافتراق من مجلس الإقالة .

واتفقوا على أن قبض رأس المال بعد الإقالة في السلم في مجلس الإقالة : ليس بشرط لصحة الإقالة ؛ لأن عقد الإقالة ليس في حكم إنشاء عقد السلم من كل وجه ؛ لأن اشتراط القبض في عقد السلم في مجلس العقد كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين بالدين) والمسلم فيه سقط بالإقالة ، فلم يصبح لازماً على المسلم إليه ، فلا يتحقق فيه بيع الدين بالدين ، فلا يشترط القبض[1] .

أما في الصرف فيشترط القبض لصحة الإقالة ، لأنه إذا اعتبرنا الإقالة بيعاً جديداً ، كما يقول أبو يوسف ، فالتعليل ظاهر ، وإذا اعتبرنا الإقالة فسخاً في حق العاقدين ، كما يقول أبو حنيفة فهي في تقدير الشرع بيع ، لأن أبا حنيفة يقول : هي بيع جديد في حق غير العاقدين ، وإذا كانت الإقالة بيعاً فيجب قبض البدلين منعاً من الوقوع في محظور بيع الدين بالدين[2] .

واتفقوا على أن السلم إذا كان فاسداً منذ نشأته ، فلا بأس بالاستبدال فيه قبل القبض ، إذ ليس له حكم السلم ، فيجوز الاستبدال ، كما في سائر الديون .

وعدم جواز استبدال المسلم فيه ورأس مال السلم متفق عليه أيضاً لدى المذاهب الأخرى[3] .

٢ ـ إقالة بعض السلم :

إذا أخذ رب السلم بعض رأس ماله وبعض المسلم فيه بعد حلول الأجل أو قبله برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة للسلم فيما أخذ من رأس المال ويبقى السلم في الباقي ، وهذا قول جمهور العلماء ؛ لأن أخذ رأس المال إقالة ، ولو أقاله في الكل جاز

---

(١) فتح القدير ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٤ ص٢١٩ .

(٢) البدائع : ٥ ص٢٠٨ ، رد المحتار : ٤ ص٢١٩ ، ٢٤٥ .

(٣) القوانين الفقهية : ص٢٦٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص١١٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص٨٠ .

اتفاقاً ، فكذلك إذا أقال في البعض يجوز أيضاً ، كما في بيع العين . والإقالة كما هو معروف : فسخ للعقد ورفع له من أصله ، وليست بيعاً على الراجح .

وقال الإمام مالك والقاضي ابن أبي ليلى : لا يجوز ذلك ويفسد العقد[1] ويسترد رب السلم ما بقي من رأس المال لقوله ﷺ : « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » فإذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك ، ولأنه حين أخذ بعض رأس المال ، فقد اختار فسخ العقد ، فينفسخ في الكل[2] . فإما أن يقيله من الكل ، أو يأخذ الكل .

ورد الجمهور على الحديث بأن المراد به النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه .

وأما البيع فإنه إذا أقاله العاقدان في البعض دون البعض فيجوز بالاتفاق .

واتفقوا على أنه لو أخذ رب السلم جميع رأس المال ، برضا صاحبه أو أقال جميع السلم أو تصالحا على رأس المال ، فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينفسخ السلم .

ولو أخذ رب السلم بعض رأس المال قبل حلول الأجل ليعجل باقي السلم ، فإنه لا يجوز هذا الشرط ، وتصح الإقالة عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن هذا الشرط يصبح في معنى المعاوضة عن الأجل فهو شرط فاسد ، والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنها فسخ عندهما ، فتصح ويبطل الشرط ، بخلاف البيع ، فإنه يتأثر بالشروط الفاسدة ؛ لأن الشرط الفاسد فيه يؤدي إلى الربا ، أما الإقالة فلأنها رفع البيع فلا يتصور فيها ربا .

وعند أبي يوسف : تبطل الإقالة بهذا الشرط الفاسد ، ويظل السلم كله باقياً إلى

---

(١) سداً للذريعة ، لأنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف .

(٢) المبسوط : ١٢ ص١٣٠ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص٣٠٢ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص٢١٥ ، المهذب : ١ ص٣٠٢ ، المغني : ٤ ص٣٠٣ ، غاية المنتهى : ٢ ص٨١ ، مغني المحتاج : ٢ ص١٠٣ .

أجله ؛ لأن الإقالة عنده بيع جديد ، والبيع يبطل بالشرط الفاسد لتمكن الربا فيه[1] . وسيأتي في بحث الإقالة أدلة كل منهم على تكييف الإقالة : هل هي فسخ أم بيع ؟

٣ ـ الإبراء عن رأس المال :

لا يجوز للمسلم إليه إبراء رب السلم عن رأس المال بدون قبوله ورضاه ، فإذا قبل صح الإبراء ، ولكن يبطل السلم ، لأنه يترتب عليه عدم قبض رأس المال ، بسبب الإبراء . وإذا رفض رب السلم الإبراء بقي عقد السلم صحيحاً .

أما البيع : فلو أبرأ البائع المشتري عن ثمن المبيع فيصح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد ؛ لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع ، وهو لا يلزم دفعاً لضرر المنة .

والفرق بين السلم والبيع : أن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع . وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة عقد السلم ، فلو صح الإبراء من غير قبول الطرف الآخر ، لانفسخ عقد السلم من غير رضا صاحبه ، وهذا لا يجوز ؛ لأن أحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد ، فلا يصح الإبراء ، بخلاف الثمن : لا يترتب على الإبراء منه فسخ البيع لأن قبضه ليس بشرط .

أما لو أبرأ رب السلم عن المسلم فيه ، فيجوز من غير قبول المسلم إليه ، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط ، فيصح من غير قبول ؛ لأن الإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً إسقاط لحق المبرئ لا غير ، فيملك الإبراء .

وأما الإبراء عن المبيع فلا يصح ، لأنه عين ، والإبراء إسقاط ، وإسقاط الأعيان لا يعقل[2] .

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٧ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص٢١ ، الطبعة القديمة ، القوانين الفقهية : ص٢٧٠ .

(٢) البدائع : ٥ ص٢٠٣ . توضيح ذلك أن الفقهاء وضعوا قاعدة وهي : «أن ملكية الأعيان لاتقبل الإسقاط ، وإنما تقبل النقل» فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لاتسقط وتبقى ملكاً له . وقد بنوا عليه عدم صحة الإبراء عن الأعيان لما في الإبراء من معنى الإسقاط مشوباً بمعنى التمليك ، فلو كان لأحد عند آخر شيء مغصوب أو مودع فأبرأه عنه لا يصح الإبراء ويبقى الشيء لصاحبه (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٢٣) .

٤ ـ الحوالة والكفالة والرهن برأس المال وبالمسلم فيه :

تجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر، والكفالة به، والرهن به، وكذا بالمسلم فيه أيضاً عند جمهور الحنفية لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه.

وعند زفر يجوز بالمسلم فيه ولا يجوز برأس المال؛ لأن عقود الكفالة والحوالة والرهن شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس، ورأس المال لا يتأخر، فلا يتحقق ما شرع له العقد، فلا يصح. ورد عليه بأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً، فجاز العقد فيهما.

وكذلك في البيع تجوز الحوالة والكفالة والرهن بالثمن والمبيع إلا أن الفرق بين السلم والبيع هو في حالة افتراق العاقدين في السلم بدون قبض كما سنبين.

ففي عقد السلم: يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه، أو من الكفيل أو من رب السلم أو يهلك الرهن قبل أن يتفرق العاقدان عن المجلس، بشرط أن تكون قيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر؛ لأن حق المسلم إليه ينتقل حينئذٍ إلى قيمة الرهن، فإذا كانت هذه القيمة تساوي رأس المال أو تزيد عنه، فيحصل افتراق العاقدين بعد أن يتم قبض رأس المال؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء؛ لأنه قبض مضمون على المرتهن سواء تعدى أو قصر أو لم يتعد ولم يقصر، وبالهلاك تقرر الضمان عليه، فتحدث مقاصة بين المرتهن والراهن أي بين المسلم إليه ورب السلم هنا. ويترتب عليه أنه يحدث الافتراق بينهما بعد قبض رأس المال.

فإن كانت قيمة الرهن أقل من رأس المال تم العقد بقدر الرهن ويبطل في الباقي.

وإذا افترق رب السلم والمسلم إليه قبل القبض بطل السلم حتى ولو بقي المحال عليه والكفيل مع المسلم إليه، أما لو بقي المسلم إليه مع رب السلم، وذهب المحال عليه والكفيل فلا يبطل السلم؛ لأن العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما؛ لأن القبض من حقوق العقد، والعقد أساسه العاقدان.

وكذلك في الرهن : إذا لم يهلك حتى تفرق المتعاقدان ، يبطل السلم لعدم قبض رأس المال ، وعلى المسلم إليه رد الرهن على صاحبه .

وكل ماذكرناه في السلم هنا يجري في عقد الصرف .

هذا بالنسبة لرأس المال .

أما بالنسبة للمسلم فيه فإن المحيل يبرأ بنفس عقد الحوالة ويكون تسليم المسلم فيه واجباً على المحال عليه إذا حل الأجل ، وحينئذ يطالب رب السلم المحال عليه بالتسليم دون المحيل .

وفي الكفالة يكون رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل .

وفي الرهن : لرب السلم أن يحبس المرهون حتى يأخذ المسلم فيه[1] .

وكذلك لا تجوز الحوالة والكفالة والإبراء والرهن برأس المال عند غير الحنفية[2] ؛ لأن قبضه حقيقة شرط أساسي لصحة السلم ، إلا أن المالكية كما عرفنا أجازوا تأخير القبض مدة ثلاثة أيام . وقد غالى الشافعية فلم يجيزوا قبض رأس المال في المجلس من المحال عليه إلا أن يقبضه نفس رب السلم ، ثم يسلمه للمسلم إليه ، لأن الحق بالحوالة يتحول إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن نفسه لا عن المسلم .

٥ ـ قبض رأس المال مشوباً :

إذا قبض المسلم إليه رأس المال ، فوجده مشوباً ، كأن يجده زيوفاً أو نبهرجة ، أو

---

(١) المبسوط : ١٥١/١٢ ومابعدها ، البدائع ٢٠٣/٥ ومابعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ١٩٥/٣ ، مغني المحتاج : ١٠٣/٢ ، غاية المنتهى : ٨٠/٢ ، المغني : ٣٠٢/٤ .

مستحقاً أو ستوقة[1] أو معيباً : فإما أن يصدقه رب السلم أو يكذبه :

الافتراض الأول ـ فإن صدقه رب السلم : فله حق الرد ، ثم لا يخلو إما أن يكون رأس المال عيناً وهو ما يتعين بالتعيين ، أو ديناً : وهو مالا يتعين بالتعيين .

١ ـ فإن كان عيناً : فوجده المسلم إليه مستحقاً[2] أو معيباً : فإن أجاز المستحق جاز العقد ، وإلا بطل ، وإن رضي المسلم إليه بالعيب جاز العقد ، وإلا بطل أي (السلم) ، سواء أكان اكتشاف العيب قبل افتراق العاقدين أم بعده . وسبب بطلانه : أنه انتقض[3] القبض فيه بالاستحقاق أو الرد بالعيب ، ولا يمكن إقامة شيء عن غير رأس المال مقامه ، لأنه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس ، فيبطل السلم .

وأما في حال إجازة العقد فلأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً ، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال[4] .

٢ ـ وأما إذا كان رأس المال ديناً : فقبضه المسلم إليه فوجده مشوباً ، فإما أن يجده مشوباً في مجلس السلم أو بعد الافتراق :

أولاً : إن وجده مشوباً في مجلس السلم :

---

(١) الدراهم أربعة أنواع : جياد ، ونبهرجة ، وزيوف ، وستوقة . واختلفوا في تفسير النبهرجة فقيل : هي التي تضرب في غير دار السلطان . والزيوف : هي المغشوشة . والستوقة : نحاس مموه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج في التجارات ، وتوضع في بيت المال . والزيوف : ما زيفه بيت المال أي رده ، ولكن تأخذه التجار في التجارات ، ولابأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع أنها زيوف . والنبهرجة : ما يرده التجار ، والستوقة : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما نحاس ، وليس لها حكم الدراهم . وهكذا : فالزيوف أجود ، ثم النبهرجة ، ثم الستوقة (رد المحتار : ٢٢٨/٤) .

(٢) استحقاق المبيع : هو أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع ، كما لو ظهر أن المبيع وقف ومثل ذلك استحقاق رأس المال (عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص٩٧) .

(٣) أي لم يتحقق القبض المشروط في عقد السلم بسبب ظهور استحقاق رأس المال لغير رب السلم .

(٤) البدائع : ٢٠٤/٥ .

١ ـ فإن وجد ذلك مستحقاً : فـإن صحـة القبض موقوفـة على إجـازة المستحق : إن أجاز جاز، وإن لم يجز بطل .

٢ ـ وإن وجده ستوقة أو رصاصاً : فلا يجوز العقد وإن قبل بـه ، لأنـه ليس من جنس حقه ، إذ هو ليس من جنس الدراهم ، فيكون استبدالاً برأس المـال قبل القبض كما لو استبدل ثوباً من رب السلم مكان الـدراهم ، وهو لا يجوز كما عرفنـا . وإن لم يقبل به ، ورده وقبض شيئاً آخر مكانه جاز العقد لأنه لما رده ، وانتقض قبضـه ، جعل كأن لم يكن ، وكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس .

٣ ـ وإذا وجده زيوفاً أو نبهرجة : فـإن قبل بـه جـاز العقـد ؛ لأن الزيوف من جنس حقه ؛ لأنها دراهم ، لكنها معيبة بالزيافة ، وفوات صفة الجودة ، فـإن رضي بهـا فقد أبرأ رب السلم عن العيب ورضي بقبض حقه مع النقصان .

وإن ردها واستبدل شيئاً مكانها في مجلس العقد جاز، لأنـه وجـد مثل حقـه في المجلس ، فكان القبض متأخراً[(١)] .

ثانياً : وإن وجده مشوباً بعد الافتراق عن المجلس :

١ ـ فإن وجده مستحقاً : فالقبض موقوف على إجـازة المستحق إن أجـاز جـاز ، وإن رد بطل السلم .

٢ ـ وإن وجد رأس المال ستوقـة أو رصـاصـاً : بطل السلم ؛ لأن الستوقـة ليست من جنس الدراهم ، لأنها لا تروج في معاملات النـاس ، فلم تكن من جنس حقـه أصلاً ووصفاً ، فقـد حصل الافتراق عن المجلس بـدون قبض رأس المـال ، فيبطل السلم ، ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس .

٣ ـ وإذا وجده زيوفاً أو نبهرجة : فإن تجوز أي قبل المسلم إليـه ، فـالسلم مـاض

---

(١) البدائع : ٢٠٤/٥ وما بعدها .

على الصحة ؛ لأن الزيوف من جنس حقه ؛ لأنها دراهم ، لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة ، فإذا رضي بها ، فقد رضي بقبض حقه مع النقصان .

وإن لم يتجوز بها أي لم يقبلها وردها ، فاتفق علماء الحنفية على أنه إن لم يستبدلها في مجلس الرد ، بطل السلم بقدر ما رد .

فأما إذا استبدل مكانها جياداً في مجلس الرد : فالقياس أن يبطل السلم بقدره قل المردود أو كثر ، وبه أخذ أبو حنيفة وزفر ؛ لأن الزيوف من جنس حق المسلم إليه أصلاً لا وصفاً ، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه في الوصف ، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً ، فإذا لم يتوافرا ولم يرض بما قبض ، تبين أنه لم يقبض حقه ، فيبطل السلم .

والاستحسان : ألا يبطل السلم وهو قول الصاحبين ، لأن قبض الزيوف وقع صحيحاً ، لأنه قبض جنس الحق ، بدليل أنه لو تجوز بها جاز إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيافة ، والمعيب لا يمنع صحة القبض ، وقد أجيز استبداله في مجلس الرد ، لأن للرد شبهاً بالعقد ، فألحق مجلس الرد بمجلس العقد[1] .

هذا إذا وجد المسلم إليه كل رأس المال زيوفاً أو نبهرجة : فإن وجد بعضه دون بعض فاستحسن أبو حنيفة في حالة استبدال جياد مكانه في مجلس الرد : أنه إذا كان قليلاً فرده واستبدل في المجلس ، فالعقد ماض في الكل ، وإن كان كثيراً بطل العقد بقدر المردود ؛ لأن الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه[2] .

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في **الحد الفاصل بين القليل والكثير** والأصح منها : أن الثلث فصاعداً في حكم الكثير ، وما دونه في حكم القليل[3] .

---

(١) البدائع : ٢٠٥/٥ .

(٢) البدائع : ٢٠٦/٥ .

(٣) تحفة الفقهاء : ٢٧/٢ .

هذا ما يتعلق بحكم رأس المال .

وأما حكم المسلم فيه فهو : إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً ، بعدما قبضه ، فإن له خيار العيب إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده وأخذ المسلم فيه غير معيب ؛ لأن حقه في السليم دون المعيب[1] ولكن خيار الرؤية وخيار الشرط لا يثبتان في السلم ، كما سبق ذكره .

الافتراض الثاني ـ وأما إذا كذب رب السلم المسلم إليه ، وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاها ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه ، فهذا لا يخلو من ستة أوجه :

إن كان المسلم إليه أقر بالقبض قبل النزاع ، فقال : قبضت الجياد أو قبضت حقي أو قبضت رأس المال أو استوفيت الدراهم ، أو قبضت الدراهم ، أو قال : « قبضت » ولم يقل شيئاً آخر .

١ ـ ففي الحالات الأربعة الأولى : لا تسمع دعواه بعدئذ أنه وجده زيوفاً ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله « أنها ليست من الدراهم التي قبضها منه » لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير متناقضاً في دعواه ، والمناقضة تمنع صحة الدعوى ، والحلف يكون في الدعوى الصحيحة .

٢ ـ وأما إذا قال المسلم إليه : « قبضت الدراهم » ثم قال : « هي زيوف » فالقياس أن يكون القول قول رب السلم : « أنها ليست من دراهمه » مع يمينه على قوله ، وعلى المسلم إليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه ؛ لأن المسلم إليه يدعي أنها مقبوضة مع العيب ؛ ورب السلم ينكر أنها مقبوضة ، أو أنها التي قبضها منه ، فيعتبر قول المنكر بيمينه .

---

(١) المرجع السابق .

وفي الاستحسان : القول قول المسلم إليه مع يمينه ، وعلى رب السلم البينة أنه أعطاه الجياد ؛ لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعي إيفاء حقه ، وهو الجياد ، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم زيوف ينكر قبض حقه ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه وعلى المدعي البينة أنه أوفاه حقه .

وهذا هو مقتضى القياس في الحالات الأربعة الأولى ، إلا أنه هناك سبق منه ما يناقض دعواه : وهو الإقرار بالجياد ، وههنا لم يسبق منه شيء مناقض ؛ لأن ذكر قبض الدراهم يقع على الزيوف والجياد بخلاف الحالات الأولى .

٣ ـ وإذا قال المسلم إليه : « قبضت » لا غير، ثم قال : « وجدته زيافاً » يكون القول قوله ، كما قررنا في الحالة السابقة .

إلا أن ههنا إذا قال : « وجدته ستوقة أو رصاصاً » فإنه يصدق ، بخلاف ما إذا قال : « قبضت الدراهم » ثم قال : « وجدتها ستوقة أو رصاصاً » فإنه لا يقبل قوله ، لأن في قوله : « قبضت » اقراراً بمطلق القبض والستوقة تقبض ، فإذا قال : « ماقبضته ستوقة » لا يكون مناقضاً دعواه ، وفي قوله : « قبضت الدراهم » يصير مناقضاً لقوله : « قبضت الستوقة والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم[1] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢٨/٢ ومابعدها ، وقد نقلنا ذلك منها دون تعديل لإيفائه بالغرض مع بساطة العبارة .

- ٢ -

عقد الاستصناع

نتكلم في عقد الاستصناع على تعريفه ومشروعيته وشروطه وصفته وحكمه :

تعريف الاستصناع : هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة ، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع ، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً ، وبعض الفقهاء يقول : إن المعقود عليه هو العمل فقط ؛ لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع . ويقال للمشتري : « مستصنع » وللبائع : « صانع » وللشيء : « مصنوع » كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو آنية أو مفروشات ونحوها فهو لا يكون إلا فيما يتعامل فيه الناس[1] .

وهو عقد يشبه السلم ، لأنه بيع المعدوم ، وأن الشيء المصنوع ملتزم ، عند العقد في ذمة الصانع البائع ، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن ، ولا بيان مدة للصنع والتسليم ، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق .

ويشبه الإجارة أيضاً لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

---

(١) البدائع : ٢/٥ ، فتح القدير : ٣٥٤/٥ ، الفتاوى الهندية : ٥٠٤/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١٢٢ .

والأصح عند الحنفية : أنه بيع لا وعد ببيع ولا إجارة ، وأن المعقود عليه هو العين الموصى بصنعها ، لا عمل الصانع ، أي ليس إجارة على العمل ، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو ، أو صنعه قبل العقد وفقاً للأوصاف المشروطة ، جاز ذلك[١] .

مشروعيته : مقتضى القياس ألا يجوز الاستصناع ، لأنه بيع المعدوم كالسلم ، وبيع المعدوم لا يجوز ، لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان .

ويجوز عند الحنفية استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير نكير ، فكان إجماعاً منهم على الجواز ، فيترك القياس[٢] وقد قال عليه السلام : « لا تجتمع أمتي على ضلالة »[٣] وقال ابن مسعود : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[٤] .

ويصح الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة على أساس عقد السلم وعرف الناس ، ويشترط فيه ما يشترط في السلم ، ومن شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد .

ويصح عند الشافعية سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشيء المصنوع أم لا بأن كان حالاً[٥] .

---

(١) فتح القدير : ٣٥٥/٥ ، البدائع : ٢/٥ ، ٢٠٩ ، رد المحتار : ٢٢٢/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١٢٢ ومابعدها .

(٢) المبسوط : ١٣٨/١٢ ومابعدها ، البدائع : ٢/٥ ، ٢٠٩ ، فتح القدير : ٢٥٥/٥ .

(٣) رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً في حديث : « سألت ربي أن لا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها » ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ « إن أمتي لا تجتمع على ضلالة » وله روايات كثيرة (راجع مجمع الزوائد : ١٧٧/١ ، ٢١٨/٥ ، المقاصد الحسنة للسخاوي : ص٤٦٠) ، قال الحوت البيروتي في (أسنى المطالب) : ص٢٥٢ : فيه اضطراب وخلاف في صحته ، وقد أخذ به الفقهاء ، وجعلوه دليل الإجماع .

(٤) قال الزيلعي : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود ، وله طرق : رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير . وقال الهيثمي : ورجاله موثقون . ورواه أيضاً أبو داود والبيهقي ، وهو مروي كذلك عن ابن عباس (راجع نصب الراية : ١٣٣/٤ ، المقاصد الحسنة : ص٣٦٧ ، مجمع الزوائد : ١٧٧/٤) .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٨٩ ، العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة : ص١٣١ ومابعدها .

شروطه : يشترط لجواز الاستصناع شرائط منها :

١ ـ بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه مبيع ، فلابد من أن يكون معلوماً ، والعلم يحصل بذلك .

٢ ـ أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني وأحذية وأمتعة الدواب ونحوها ، ولا يجوز الاستصناع في الثياب لعدم تعامل الناس به .

٣ ـ ألا يكون فيه أجل : فإن حدد أجل لتسليم المصنوع ، انقلب العقد سلماً عند أبي حنيفة ، حتى تشترط فيه شرائط السلم ، مثل قبض البدل في المجلس ، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد . ودليله : أن العاقد إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ . ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه ينقلب العقد سلماً بالاتفاق .

وقال الصاحبان : ليس هذا بشرط ، والعقد استصناع على كل حال حدد فيه أجل أو لم يحدد ؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع[1] . ونرى أن قولهما هو المتمشي مع ظروف الحياة العملية ، فهو أولى بالأخذ .

صفة عقد الاستصناع : هو عقد غير لازم قبل الصنع ، وبعد الفراغ من الصنع ، ولكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، فلو باع الصانع المصنوع قبل أن يراه المستصنع جاز ؛ لأن العقد غير لازم والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع وإنما مثله في الذمة .

فإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضي بكونه للمستصنع ، حيث جاء به إليه .

---

(١) البدائع : ٣/٥ ، فتح القدير : ٣٥٥/٥ ، رد المحتار : ٢٢٣/٤ ، المبسوط : ١٣٩/١٢ .

وحينئذ إذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، وفسخ العقد عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه اشترى شيئاً لم يره ، فكان له خيار الرؤية ، بخلاف الصانع فهو بائع مالم يره ، فلا خيار له .

وقال أبو يوسف : العقد لازم إذا رأى المستصنع المصنوع ، ولا خيار له ، إذا جاء موافقاً للطلب والشروط ، لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية ، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطلب المستصنع ، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة . ورد عليه بأن ضرر المستصنع بإبطال الخيار له أكثر من ضرر الصانع ، إذ لا يتعذر عليه بيع المصنوع على أية حال[1] . وفي تقديرنا أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة سديد منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع إذ أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية ، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة ، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن جداً كالسفن والطائرات ، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم .

حكم الاستصناع : أما حكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة ، فهو ثبوت الملك غير لازم في حقه ، حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه : إن شاء أخذه وإن شاء تركه .

وأما في حق الصانع : فحكمه ثبوت الملك اللازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له ، وهذا في ظاهر الرواية[2] .

الفرق بين السلم والاستصناع : بالرغم من أن الاستصناع كالسلم من صور

---

(١) المبسوط : ١٣٩/١٢ ، فتح القدير : ٣٥٦/٥ ، البدائع : ٣/٥ ، ٢١٠ ، رد المحتار : ٢٢٣/٤ .

(٢) المراجع السابقة .

بيع المعدوم التي أجيزت للحاجة والتعامل بين الناس ، فإن هنـاك فروقـاً بينهما أهمهـا ما يأتي :

أولاً ـ أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة فهو إما مكيل أو موزون أو مذروع أو عددي متقارب . أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين ، كاستصناع أثاث أو حـذاء أو خياطة ثوب .

ثـانيـاً ـ يشترط في السلم وجود أجل بعكس الاستصنـاع على رأي أبي حنيفـة كما بينا .

ثالثاً ـ عقد السلم لازم ، وأما الاستصناع فهو غير لازم .

رابعاً ـ يشترط في السلم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ولا يشترط قبضه في الاستصناع .

- ٣ -

عقد الصرف

تعريف الصرف :

الصرف لغة : الزيادة ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، قال ﷺ : « من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً »(١) أي لا نفلاً ولا فرضاً .

وشرعاً : هو بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس : أي بيع الذهب بالذهب ، أو الفضة بالفضة أو الذهب بالفضة ، مصوغاً أو نقداً(٢) .

وشرائطه إجمالاً أربعة : التقابض قبل افتراق المتعاقدين ، والتماثل ، وألا يكون فيه خيار ولا تأجيل .

---

(١) وقال صاحب القاموس : الصرف في الحديث : التوبة ، والعدل : الفدية . وهذا الحديث رواه الطبراني عن عمرو بن عوف ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من تولى غير لمواليه فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً ومن أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً » قال الهيثمي : وفيه كثير بن عبد الله ، والجمهور على تضعيفه ، قد حسن له الترمذي حديثاً (انظر مجمع الزوائد : ٢٨٥/٦) ورواه الطبراني أيضاً عن خارجة بن عمرو الجمحي بلفظ « من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً يوم القيامة » وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي وثقه ابن معين ، وضعفه الناس (مجمع الزوائد : ٢١٤/٤) وراجع خطبة حجة الوداع . وقد ورد في معناه أحاديث كثيرة منها : ما رواه أبو داود عن أنس أن النبي ﷺ قال : « من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة » (راجع فيض القدير شرح الجامع الصغير : ٤٦/٦ ، مجمع الزوائد : ٩٧/١) وروى البخاري في صحيحه (٥٠/٣) عن علي أن النبي ﷺ : قال : « من تولى قوماً بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل » والعدل : الفداء .

(٢) فتح القدير مع العناية : ٢٨٤/٥ ، ٣٦٨ ، البدائع : ٢١٥/٥ ، رد المحتار : ٢٤٤/٤ . وعرفه الحنابلة بقولهم : هو بيع نقد بنقد (غاية المنتهى : ٥٩/٢) .

١ ـ التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين : يشترط في عقد الصرف قبض البدلين جميعاً قبل مفارقة أحد المتصارفين للآخر افتراقاً بالأبدان ، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة ، ولقوله ﷺ : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، يداً بيد »[(١)] وقوله ﷺ : « لا تبيعوا منها غائباً بناجز »[(٢)] فإن افترق المتعاقدان قبل قبض العوضين أو أحدهما ، بطل العقد ، لفوات شرط القبض ولئلا يصير العقد بيعاً للكالئ بالكالئ أي الدين بالدين فيحصل الربا : وهو الفضل في أحد العوضين[(٣)] ، والتقابض شرط سواء اتحد الجنس أو اختلف .

تفسير الافتراق بالأبدان : هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلس العقد ، فيأخذ هذا في جهة ، وهذا في جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر . فإن بقيا في مجلسهما لم يبرحا عنه ، لم يحصل الافتراق وإن طال مجلسهما لانعدام التفرق بالأبدان ، كذلك لا يحصل التفرق إن ناما في المجلس أو أغمي عليهما أو قاما عن المجلس فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه ، فلا يعتبران مفترقين ؛ لأن العبرة لتفرق الأبدان ولم يوجد ذلك[(٤)] .

٢ ـ التماثل : إذا بيع الجنس بالجنس كفضة بفضة ، أو ذهب بذهب ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل وزناً ، وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواءً بسواء ، يداً بيد ، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » (راجع نصب الراية : ٤/٤) .

(٢) لهذا اللفظ رواية عند مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز » وقد ورد نص الحديث عند أحمد والشيخين عن أبي سعيد الخدري بلفظ « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا (أي لا تفضلوا) بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » (راجع نصب الراية : ٥٦/٤ ، نيل الأوطار : ١٩٠/٥) .

(٣) المراجع السابقة ، فتح القدير : ص ٣٦٩ ـ ٣٧١ .

(٤) البدائع : ٢١٥/٥ .

أو أحسن صياغة[(١)] لقوله ﷺ في الحديث السابق : « الذهب بالذهب مثلا بمثل » أي يباع الذهب بالذهب مثلا بمثل في القدر ، لا في الصفة ، للقاعدة الشرعية : « جيدها ورديئها سواء »[(٢)] .

٣ ـ ألا يكون فيه خيار شرط : لا يجوز في عقد الصرف اشتراط الخيار لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ؛ لأن القبض في هذا العقد شرط . وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الخلاف الذي ذكرناه في مبحثه ، والخيار يخل بالقبض المشروط : وهو القبض الذي يحصل به التعيين ، فلو شرط هذا الخيار فسد العقد . ولو أسقط صاحب الخيار خياره في المجلس ، ثم افترق المتعاقدان عن تقابض ، ينقلب العقد إلى الجواز ، خلافاً لزفر ، فإذا بقي الخيار حتى افترقا تقرر الفساد .

هذا بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فإن كلاً منهما لا يمنع ثبوت الملك في المبيع ، فلا يمنع تمام القبض ، فلو افترق العاقدان ، وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز ، إلا أنه لا يتصور في بيع النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلها ، لا عينها[(٣)] .

٤ ـ ألا يكون فيه أجل : يشترط أن يكون عقد الصرف خالياً عن الأجل لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، وإلا فسد الصرف ؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق ، كما عرفنا ، والأجل يؤخر القبض ، فيفسد العقد ، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق ، ونفذ ما عليه ، ثم افترقا عن تقابض ، ينقلب العقد جائزاً

---

(١) المراجع السابقة ، فتح القدير : ص ٣٦٩ ، البدائع : ص ٢١٦ ، رد المحتار : ص٢٤٥ .

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب ومعناه يؤخذ من اطلاق حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه مسلم قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء » (راجع نصب الراية : ٣٦/٤) .

(٣) مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، فتح القدير : ٣٦٧/٥ ، البدائع : ٢١٩/٥ ، الدر المختار : ٢٤٦/٤ .

خلافاً لزفر[1] .

ويلاحظ أن الشرطين الأخيرين متفرعان عن شرط القبض .

ما يترتب على اشتراط قبض البدلين في مجلس عقد الصرف قبل الافتراق :

إذا كان لابد من قبض عوضي الصرف قبل افتراق العاقدين عن المجلس فإنه يترتب عليه عدم جواز الإبراء أو الهبة أو الاستبدال أو المقاصة بثمن الصرف على التفصيل الآتي[2] :

١ ـ الإبراء أو الهبة : إذا تصارف اثنان ديناراً بدينار ، وسلم أحدهما الدينار لمستحقه ، ثم أبرأ صاحبه عن ديناره أو وهبه له أو تصدق عليه به :

فإن قبل المبرأ أو الموهوب له ما أبرئ منه أو وهب له ، سقط التزامه بالدين ، وبطل الصرف ؛ لأن الإبراء عن الدين يترتب عليه عدم تحقق القبض ، وبما أن القبض في عقد الصرف لازم شرعاً ، ولم يحصل هنا بسبب الإبراء ، فإنه يؤدي إلى بطلان العقد لعدم حصوله .

وإن لم يقبل المبرأ البراءة ، لم يصح الإبراء ، ويبقى عقد الصرف على حاله ؛ لأن قبض البدل مستحق ، والإبراء عن الدين إسقاطه ، وإذا سقط الدين لا يتصور قبضه ، وبما أن الإبراء يؤدي إلى هذه النتيجة ، فهو في معنى فسخ العقد ، والفسخ لا يصح إلا بتراضي العاقدين ، فلا يثبت بإرادة منفردة من أحد العاقدين بعد انعقاد العقد صحيحاً ، وإذا لم يصح الإبراء بقي عقد الصرف على حاله ، فيتم بتقابض البدلين في المجلس قبل الافتراق .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) راجع البدائع : ٢١٨/٥ .

ولو امتنع المبرئ أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهب أو تصدق به ، فإنه يجبر على القبض ، لأنه بامتناعه عن القبض يفسد العقد أو يفسخ ، وأحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ أو إفساد عقد الغير.

٢ ـ **الاستبدال ببدل الصرف :** لو استبدل أحد المتصارفين شيئا ببدل الصرف ، كأن أعطى عن الدينار شيئاً بخلاف جنسه ، فلا يجوز ، ويبقى الصرف على حاله ؛ لأن قبض بدل الصرف شرط شرعي لبقاء العقد صحيحاً ، وبما أن بدل الشيء غير الشيء ، فإنه يترتب على الاستبدال تفويت القبض حقيقة أي عدم تحقق القبض المطلوب شرعاً . وإذا لم يصح الاستبدال بقي عقد الصرف على حاله ، فإن كان قد تم قبض أحد البدلين فيجب قبض البدل الآخر بعينه .

وإن أدى أحد العاقدين الآخر أجود من حقه ، أو أردأ منه لكن من جنس حقه ورضي به المدفوع له ، فإنه يجوز ، ولا يعتبر الأداء استبدالاً ؛ لأن المقبوض من جنس حقه أصلاً ، إلا أنه أنقص منه في الوصف ، والجيد والرديء في الأموال الربوية سواء ، وبما أن المدفوع له رضي به فقد أسقط حقه في الجيد ، فكان ذلك استيفاء لا استبدالاً .

وعلى هذا إن أخذ صاحب الحق عن الدينار الذي يحق له ديناراً أردأ منه ، أو زائفاً ، ونحوها من كل مقبوض يتفق في الأصل مع الشيء الواجب في المعاوضات بين الناس ، فإنه يصح .

٣ ـ **الحوالة ببدل الصرف والكفالة والرهن به :** يجوز لأحد المتصارفين أن يحيل صاحبه على رجل آخر لقبض حقه بشرط أن يكون المحال عليه حاضراً في مجلس العقد ، وكذلك يجوز له أن يقدم رهناً لصاحبه ببدل الصرف ، ويصح له أيضاً تقديم كفيل عنه يكفله بوفاء الحق . ولكن يشترط في هذه الحالات أن يتم فعلاً استيفاء الحق في مجلس عقد الصرف إما بالتسليم الفعلي في الحوالة والكفالة ، أو من طريق تحمل تبعة هلاك المرهون إذا هلك في يد المرتهن .

وهذا المعنى هو ما قرره فقهاء الحنفية فإنهم قالوا : إن قبض صاحب الحق حقه من المحال عليه ، أو من الكفيل ، أو هلك الرهن في يد المرتهن في مجلس عقد الصرف ، فيكون الصرف صحيحاً على حاله . وإن افترق المتصارفان قبل تمام القبض أو لم يهلك الرهن بطل الصرف . والعبرة في بقاء مجلس العقد لبقاء نفس العاقدين فيه وافتراقهما عنه ، ولا عبرة ببقاء المحال عليه أو الكفيل مع صاحب الحق ما لم يقبض حقه قبل مفارقة صاحبه المجلس ؛ لأن قبض الحق من حقوق العقد ، فيتعلق بنفس العاقدين ، فيعتبر مجلسهما إذاً .

ولو وكل كل واحد من العاقدين رجلاً أن ينقد عنه ، يعتبر مجلس الموكلين بقاءً وافتراقاً لا مجلس الوكيل ؛ لأن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين كما قلنا .

وهذه الأحكام المقررة هنا هي نفسها التي ذكرناها في الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر في المجلس ، والكفالة به ، والرهن به ، وبالمسلم فيه أيضاً ، وذلك أثناء بيان الفروق بين عقدي السلم والبيع .

٤ ـ المقاصة في ثمن الصرف :

المقاصة لغة : هي المساواة والمماثلة ، ومنه القصاص وهو معاقبة الجاني بمثل جنايته . وعند الفقهاء هي بمعناها اللغوي مع قيود معينة ، وقد عرفها بعض المالكية بقوله : هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك . وعرفها ابن جزي بقوله : هي اقتطاع دين من دين[1] ، وهي نوعان : مقاصة جبرية ، ومقاصة اختيارية أو اتفاقية .

مثال المقاصة الجبرية التي تقع بنفسها : أن يكون لمدين عند دائنه مثل ما له عليه من الدين جنساً وصفة وحلولاً ، فتقع المقاصة بينهما ويتساقط الدينان إن كانا

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٩٢ .

متساويين في المقدار، أو يسقط من الدينين مقدار متماثل إن تفاوتا في القدر، فيسقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة .

وللمقاصة الجبرية شروط أربعة هي :

١ ـ تلاقي الحقين أي أن يكون الشخص دائناً بالنسبة لآخر ومديناً له .

٢ ـ تماثل الدينين أي اتحادهما جنساً ونوعاً وصفة في الحلول والتأجيل والجودة والرداءة ونحوها .

٣ ـ انتفاء الضرر أي ألا يترتب على وقوعها ضرر لأحد كالمدين أو المرتهن الذي تعلق حقه بالعين ، أو باقي الغرماء .

٤ ـ ألا يترتب عليها محظور شرعي كالافتراق قبل قبض رأس مال السلم ، والتصرف في المسلم فيه قبل قبضه ، وعدم التقابض في الصرف وفي الربويات التي يجب أن تكون يداً بيد .

وقد قال جمهور الفقهاء بوقوع المقاصة الجبرية بنفسها إذا توافرت شروطها ، ولم يقرها فقهاء المالكية .

ومثال المقاصة الاتفاقية وهي التي تتم بتراضي صاحبي الحق : أن يكون لواحد دين وللآخر عين ، فيتفق الطرفان على عدم مطالبة أحدهما غيره بحقه . والمالكية يقولون بالمقاصة الاتفاقية إذا اختلف الجنس أو اختلفت الأوصاف ما لم يترتب على ذلك محظور ديني . ومن المعلوم أن أئمة المذاهب الأربعة يعتبرون النقدين (الذهب والفضة وما يماثلهما من الدنانير والدراهم) جنسين مختلفين ، فتجوز المقاصة الاتفاقية بينهما عند المالكية لأنهم يقولون بالمقاصة عند اختلاف الجنس[1] . وأما أوراق النقد المتعامل بها في عصرنا الحاضر سواء أكانت مسكوكة من الذهب أو الفضة الخالصين أو

---

(١) انظر بحث المقاصة في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور : ص ٤ ، ١٣ ، ٢٣ ، ٥١ ، ٥٥ ، ٧٧ ، ٨٥ ، ٩٧ وما بعدها ، القوانين الفقهية ، المكان السابق ، غاية المنتهى للشيخ مرعي الحنبلي : ٨٢/٢ .

المخلوطين أو المسكوكة من غيرهما كالنحاس وهي المسماة فلوساً ، فإنها تعد جنساً واحداً في باب المقاصة ، عملاً بالعرف وبرأي ابن أبي ليلى وهو اختيار بعض مشايخ الحنفية[1] .

وبعد هذه المقدمة نبحث حكم المقاصة في عقدي الصرف والسلم .

أما في عقد الصرف : فلو تصارف اثنان بأن باع أحدهما للآخر ديناراً بعشرة دراهم ، وسلمه الدينار ، ولم يقبض العشرة الدراهم ، وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم ، فأراد المقاصة ، فهل تقع ؟ هنا ثلاث حالات[2] :

إحداها : أن يثبت الدين بسبب قبل حدوث عقد الصرف : كأن كانت هذه الدراهم العشرة واجبة ديناً على البائع قبل إجراء عقد الصرف بسبب من الأسباب التي تعتبر مصادر للالتزام كالقرض أو الغصب ، أو الشراء ، أي ثمناً لمبيع . فإذا أراد المتصارفان إجراء المقاصة بأن يجعل مقابل الدينار وهو العشرة الدراهم قصاصاً بالدين الثابت في ذمة البائع المتصارف ، جاز الفعل استحساناً إن تراضيا على المقاصة أي لا بد من المقاصة الاتفاقية . وأما قياساً فلا يجوز وهو قول زفر . فإن لم يتفقا على إجراء المقاصة بأن أبى أحدهما ذلك لم تقع المقاصة باتفاق الحنفية .

أما وجه القياس : فهو أن المطلوب في عقد الصرف قبض بدل الصرف بعينه ،

---

(١) ذكر ابن عابدين طائفة من مسائل المقاصة الاتفاقية فقال : لو كان للوديع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصاً به إلا إذا اتفقا عليه ، وكانت الوديعة في يده ، والمغصوب كالوديعة . وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا .. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مئة درهم وللمديون مئة دينار عليه ، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمئة من قيمة الدنانير ، ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها . ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليها إلا بالتراضي بخلاف سائر الديون ، لأن دين النفقة أدنى (رد المحتار : ٢٥٠/٤) .

(٢) راجع تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه : ١٤٠/٤ ، البدائع : ٢٠٦/٥ ، ٢١٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٥٠/٤ ، تحفة الفقهاء : ٣٧/٣ ، فتح القدير والعناية بهامشه : ٣٧٩/٥ وما بعدها ، المبسوط : ١٩/١٤ .

وبالمقاصة يحصل استبدال ببدل الصرف ؛ لأن الذي وجب على المتصارف بالصرف غير الذي كان عليه ، وبالتقاص يأخذ المتصارف ما في ذمته بدل ما وجب عليه من ثمن الدينار ، وهو لا يجوز ، كما لا يجوز أن يأخذ ببدل الصرف عوضاً آخر كما عرفنا سابقاً ، وكما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف .

وأما وجه الاستحسان : فهو أن المتصارفين لما تقاصا فقد تضمنت المقاصة انفساخ عقد الصرف الأول ، وانعقاد صرف آخر غير الأول ، وثمنه هو العشرة الدراهم التي هي دين سابق ، إذ لولا ذلك التقدير لكانت المقاصة استبدالا ببدل الصرف ، فصار هذا كما لو تبايع اثنان بألف ، ثم جددا العقد بألف وخمسمائة ، فإن البيع الأول ينفسخ ضرورة ثبوت العقد الثاني اقتضاء أو ضمناً .

الحالة الثانية : أن يثبت الدين بقبض مضمون بعد وجود عقد الصرف : كأن يستقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري ويستلمها بالفعل ، أو يغصب منه عشرة دراهم ، ففي هذه الحالة تقع المقاصة بثمن الصرف جبراً على المتصارفين ، وإن لم يتقاصا ، أي لا يحتاجان إلى التراضي ؛ لأنه قد وجد القبض من المتصارف فعلاً .

الحالة الثالثة : أن يثبت الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف : كأن يشتري مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة دراهم مثلاً ، ففي هذه الحالة إن لم يتقاصا لا تقع المقاصة باتفاق الروايات . وإن اتفقا على مقاصة العشرة بالعشرة في مجلس العقد فهناك روايتان : ففي رواية اختارها السرخسي : لا يجوز لأن النبي ﷺ جوز المقاصة في حديث ابن عمر [1] في دين سابق لا لاحق .

---

(١) نص الحديث رواه أحمد وأصحاب السنن عن ابن عمر قال : « أتيت النبي ﷺ فقلت : إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » وفي لفظ « أبيع بالدنانير وآخذ مكانها الورق ، وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير » (نيل الأوطار : ٥/١٥٦) .

وفي روايـة أخرى وهي الصحيحـة[1] : تقـع المقـاصـة لمـا ذكرنـاه في وجـه الاستحسان وهو أن العاقدين لما قصدا إيقاع المقاصة ، فقد تضمن ذلك انفساخ العقـد الأول ، أي إقالته ، و إنشاء عقد جديد مضاف إلى دين قائم وقت تحويل العقـد ، فلما أبطلا عقد الصرف ، صار كأنهما عقدا عقداً جديداً ، فتصح المقاصـة بـه ؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً .

والخلاصة : أن الحالتين الأولى والثالثة تقع المقاصة فيهما اختيارية ، وأما الحالـة الثانية فتقع المقاصة فيها جبرية .

وأما المقاصـة برأس مـال السلم بـدين آخر على المسلم إليـه : كأن وجب على المسلم إليه لرب السلم دين مثل رأس مال السلم ، فهل تقع المقاصـة بين رأس المـال هـذا وبين ذلك الدين ؟ هنا ثلاث حالات أيضاً :

١ ـ أن يجب الدين بعقد متقدم على السلم : بأن كان رب السلم قـد بـاع إلى المسلم إليـه[2] ثوبـاً بعشرة دراهم مثلاً ، ولم يقبضهـا ، ثم عقـدا عقـد سلم بينهما ، كأن أسلم رب السلم إلى المسلم إليه عشرة دراهم في مد حنطـة ، فـإن تراضيـا على المقـاصـة بـالـدينين (الدين السابق وهو ثمن المبيع ، والدين اللاحق وهو رأس مال السلم) صحت المقاصـة استحساناً ، وإن أبى أحدهما لم تقع المقاصة . والقياس يقضي بعدم وقوع المقـاصـة وهو قول زفر .

وجـه القيـاس : أن قبض رأس مـال السلم شرط شرعي لصحـة السلم كما هـو معروف ، ولكن بـالمقـاصـة لم يحصل القبض فعلا ، فيبطـل السلم إذا افترق العـاقـدان بدون تحقيق شرط القبض .

ووجه الاستحسان : أن القبض وإن كان مطلوباً في عقـد السلم ، إلا أنـه إذا تمت

---

(١) انظر الهداية والعناية بهامش فتح القدير : ٣٨١/٥ .

(٢) أطلق على العاقدين وصف « رب السلم والمسلم إليه » باعتبار ما سيكون .

المقاصة تبين أن عقد السلم لا يتطلب تحقيق قبض رأس المال فعلاً ، وإنما يكفي أن يتم القبض بطريق المقاصة ، كما لو اتفق البائع والمشتري على الزيادة في الثمن والمثمن ، فإن ذلك يلتحق بأصل العقد ، ويقع البيع فعلاً على الزيادة .

٢ ـ أن يجب الدين بقبض مضمون متأخر عن عقد السلم كالغصب والقرض ، فإنه تقع المقاصة جبراً عن رب السلم والمسلم إليه ، كما في الصرف ؛ لأن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة ، فيجعل نائباً عن قبض رأس مال السلم إذا تساوى الدينان .

٣ ـ أن يجب الدين بعقد متأخر عن السلم ، كأن يحدث شراء شيء من المسلم إليه لرب السلم ، فلا تصح المقاصة وإن اتفقا عليها إلا في رواية شاذة عن أبي يوسف ؛ لأن المقاصة تتطلب وجود دينين ، ولم يكن عند انعقاد السلم إلا دين واحد ، فتبين أن عقد السلم يتطلب قبضاً في الحقيقة ، وما يتم بالمقاصة ليس كذلك .

هذا هو المذكور في البدائع[1] ، فإن صاحبها الكاساني سوى بين رأس مال السلم وبدل الصرف في المقاصة .

لكن المعول عليه ما في كتاب الجامع الصغير للإمام محمد وغيره من كتب الحنفية[2] ، فإنهم فرقوا بين بدل الصرف ورأس مال السلم ، فلم يجيزوا المقاصة برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً ، سواء وجب الدين بعقد متقدم أو متأخر عن عقد السلم ؛ لأن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه ، فلو صحت المقاصة بين رأس مال السلم ، ودين على المسلم إليه بحيث يصبح هذا الدين رأس مال السلم ، وقع العاقدان في محظور شرعي وهو مبادلة الدين بالدين ، أو الافتراق عن دين بدين لأن رأس المال لا يتعين بالمقاصة .

---

(١) البدائع : ٢٠٦/٥ وما بعدها .

(٢) الجامع الصغير : ص ٩٢ ، تبيين الحقائق : ١٤٠/٤ ، المبسوط : ٢٠/١٤ ، بحث المقاصة للأستاذ محمد سلام مدكور : ص ١٠٧ وما بعدها .

وهذا بخلاف المقاصة ببدل الصرف مع دين متقدم أو متأخر عنه ثابت بعقـد بيع مثلاً ؛ لأن المبيع الذي يقـابل الـدين (أي الثمن) مثلاً هو عين لا دين أي غير مشترط قبضه في مجلس العقد ، فتؤدي المقاصة ببدل الصرف مع مقابل هـذا المبيع إلى مبـادلـة عين بدين أو الافتراق عن عين بدين ، وهو جائز كما هو معلوم شرعاً ، بخلاف ما تؤدي إليه المقاصة برأس مال السلم من مبادلة دين بدين وهو ممنوع شرعاً .

- ٤ -

بيع الجِزاف

يحدث التعامل بهذا النوع من البيوع كثيراً في الحياة العملية اليومية ، لذا فإني سأذكر معناه ودليل مشروعيته ، وحكم أهم حالاته كبيع صبرة الطعام ونحوه ، وبيع النقود والحلي والمحلى جزافاً ، وشروطه .

معنى الجزاف : الجزاف ـ مثلث الجيم والكسر أفصح وأشهر من غيره ، فارسي معرب ، وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد ، وإنما بالحزر والتخمين بعد المشاهدة أو الرؤية له . والجزف في الأصل : الأخذ بكثرة ، مأخوذ من قولهم : جزف له في الكيل : إذا أكثر ، ومرجعه إلى المساهلة . وعرف الشوكاني هذا البيع بقوله : هو ما لم يعلم قدره على التفصيل[١] .

دليل مشروعيته : ورد في السنة النبوية ما يدل على مشروعية بيع المجازفة ، منها حديثان :

أ ـ عن جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة[٢] من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر » رواه مسلم والنسائي[٣] . ففي هذا الحديث دلالة على

---

(١) نيل الأوطار : ١٦٠/٥ .

(٢) الصبرة ـ بضم الصاد : ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن . وقوله « لا يعلم كيلها » صفة كاشفة للصبرة لأنه لا يقال لها صبرة إلا إذا كانت مجهولة الكيل .

(٣) نيل الأوطار : ١٩٦/٥ .

أنه يجوز بيع التمر مجازفة إذا كان الثمن جنساً آخر غير التمر، فإن كان الثمن تمراً حرم البيع ؛ لاشتماله على ربا الفضل ؛ لأن بيع الشيء بجنسه وأحدهما مجهول المقدار حرام، ولا شك أن الجهل بأحد العوضين أو بكليهما مظنة للزيادة والنقصان، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه، ومن المعلوم أن التمر من الأصناف الربوية.

٢ - عن ابن عمر قال: «كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه» رواه الجماعة إلا الترمذي وابن ماجه[١]. فهذا الحديث يدل على إقرار النبي ﷺ فعل الصحابة بالبيع جزافاً، إلا أنه نهاهم عن بيع ما اشتروه قبل قبضه واستيفائه.

حكم بيع الجزاف عند الفقهاء:

يتبين حكم الجزاف من الحالتين الآتيتين: بيع الصبرة، وبيع النقود والحلي والمحلى.

بيع الصبرة من الطعام ونحوه: اتفق أئمة المذاهب الأربعة على جواز بيع الصبرة جزافاً، مع اختلافهم في تفصيلات سنذكرها، والصبرة: هي الطعام المجموع. سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض. قال ابن قدامة الحنبلي: يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها[٢]. ومستنده واضح وهو ما ثبت في السنة النبوية مما أشرنا إليه في مشروعية هذا البيع.

أما تفصيلات المذاهب فهي ما يأتي:

أولاً - مذهب الحنفية: قال فقهاء الحنفية[٣]: إذا باع رجل

(١) المرجع السابق: ١٥٨/٥.

(٢) المغني: ١٢٣/٤.

(٣) راجع البدائع: ١٥٨/٥، فتح القدير: ٨٨/٥ وما بعدها، الدر المختار: ٢٩/٤، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/٤، اللباب شرح الكتاب للميداني: ٧/٢، تحفة الفقهاء: ٦٣/٢ الطبعة الاولى، مختصر الطحاوي: ص ٧٩.

غيره قفيزاً[1] من صبرة طعام معينة بدراهم ، أو باع هـذا العـدل من الثيـاب بكـذا ولا يعرف عددهـا ، أو بـاع هـذه الصبرة بكـذا ولا يعلم عـدد القفزان ، جـاز البيع ؛ لأن الجهالة فيه يسيرة لا تفضي إلى المنازعة ، إلا أن أبا حنيفة قـال : من بـاع صبرة طعـام (وهي الحنطة ودقيقها خاصـة في العرف المـاضي)[2] كل قفيز بـدرهم مثلا ، وهو البيع بسعر الوحـدة جـاز البيع في قفيز واحـد فقـط ، وتوقف البيع في البـاقي إلى أن تـزول الجهالة في مجلس العقد بأحد أمرين : إما بتسمية جملة القفزان ، أو بكيلها في المجلس ، إذ أن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة . فإن علم مقـدار الصبرة بعـد انتهـاء المجلس ، تقرر فساد البيع ، فلا ينقلب صحيحاً بعدئذ .

ومثل الطعام جميع الحبوب كالشعير والذرة ونحوهما .

ودليله : أن الثمن والمبيع في هذه الحالة مجهولان ، والجهالة تفسد العقد ، وبما أنـه لا جهالة في القفيز الواحـد ، فيلزم العقـد فيـه للتيقن بـه ، وإذا زالت الجهـالـة في كل المبيع بتعيين عدد القفزان أو بالكيل في مجلس العقـد ، ثبت الخيـار للمشتري ، لتفرق الصفقة عليه دون البائع ؛ لأن تجزئـة المعقود عليـه كان بسبب منـه ، لعـدم تحـديـده سابقاً مقدار الأقفزة ، فكان راضياً بالبيع على النحو الذي تم .

وثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة يشبه حالة ما لو اشترى رجل شيئـاً لم يره ثم رآه ، فتزول الجهالة بالرؤية .

وقال الصاحبان : يصح البيع في كل الصبرة ؛ لأن المبيع معلوم بالاشارة إليـه في الجملة ، ومن المقرر أنه لا يشترط لصحة البيع معرفة مقدار المشار إليه . وأمـا جهـالـة

---

(١) القفيز : مكيال وهو ثمانيـة مكاكيـك ، والجمع أقفزة وقفزان ، والمكوك : مكيـال هو صـاع ونصف أو هو ثلاث كيلجات ، والكيلجة : منا وسبعة أثمان منا ، والمنا : الـذي يكال بـه السمن وغيره ، وقيل : الـذي يوزن بـه : رطلان ، والتثنية منوان . والجمع أمناء ، مثل سبب وأسبـاب (راجع المصبـاح المنير) وقـال النووي في المجموع (٣١٣/٩) : القفيز مكيال معروف يسع اثني عشر صاعا . وأما الكرّ فهو ستون قفيزاً .

(٢) راجع فتح القدير : ٨٥/٥ .

الثمن فإنها لا تضر إذ أن العلم به ممكن بالعدّ ، بأن تكال الصبرة في مجلس العقد .

وقول الصاحبين هو المفتى به تيسيراً على الناس ، وهو الذي رجحه صاحب الهداية لتأخيره دليلها عن دليل أبي حنيفة كما هي عادته ، وبه قال أئمة المذاهب الآخرين ، ولكن صاحب فتح القدير رجح قول الإمام ودليله .

هذا حكم بيع صبرة الطعام أي وما يشبه ذلك من المثليات ، أما القيميات[١] كالحيوان والثوب فحكمها ما يأتي :

من باع قطيع غنم كل شاة بدرهم مثلاً ، فالبيع فاسد في الجميع عند أبي حنيفة ، حتى وإن علم عددها في مجلس العقد على الأصح ، للجهالة وقت العقد . ولا يصح حينئذ بيع الشاة الواحدة بما سمي من ثمن لكل واحدة من القطيع ؛ لأن بيع شاة من قطيع لا يصح للتفاوت بين أفراد الشياه ، بخلاف بيع قفيز من صبرة ، فإنه يصح بيع قفيز واحد عنده ، كما بينا ، لعدم التفاوت بين أجزاء الطعام ، ومثله كل مكيل من الحبوب ، فلا تفضي الجهالة في المثليات إلى المنازعة ، ولكنها تؤدي إليها في القيميات التي لا تتماثل آحادها .

وكذلك من باع ثوباً يضره التبعيض مذارعة ، كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان ، وكذلك كل معدود متفاوت كإبل وعبيد ونحوهما : لا يصح البيع في الجميع عند أبي حنيفة ، لوجود الجهالة .

وقال الصاحبان : يجوز البيع في كل ما ذكر ؛ لأن الجهالة يمكن إزالتها ورفعها في النهاية بعد تعداد المبيع[٢] .

---

(١) المثليات : هي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبعض أنواع الذرعيات ، والقيميات : هي التي تتفاوت أفرادها بحيث يكون لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة معينة كالحيوانات والأراضي والدور والأشجار والطنافس والثياب ونحوها من العدديات المتفاوتة كالبطيخ وأنواع الفاكهة .

(٢) المراجع السابقة : فتح القدير : ص ٩٠ ، الزيلعي : ص ٦ ، اللباب : ص ٧ وما بعدها .

والخلاصة : أن أبا حنيفة أجاز بيع الصبرة المجهولة في كيل واحد في المثليات ، ولم يجزه في القيميات . وخالفه الصاحبان في كل ما ذكر ، فأجازا البيع في الكل مثلياً كان المبيع أو قيمياً ؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد عند انعقاده تزول في النهاية .

البيع بإناء أو بوزن مجهول القدر : أجاز الحنفية حالة من المجازفة لها صورة الكيل والوزن دون حقيقته على أن يكون البيع غير لازم للمشتري وله خيار كشف الحال : وهي بيع شيء بإناء بعينه لا يعرف مقداره بشرط أن يكون مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل وينكبس بالكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل فيه ، فيصح عند أبي يوسف بيع ملء قربة بعينها حسب عرف البلدان . كما أنهم أجازوا بيع شيء بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره بشرط ألا يتفتت الحجر ، ومثله إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ ، فلا يجوز البيع حينئذ[1] .

حالة النقص والزيادة في الصبرة التي حدد مقدارها :

من اشترى صبرة طعام على أنها مئة قفيز بمئة درهم مثلاً ، فوجدها المشتري أقل مما حدد له ، كان المشتري بالخيار : إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لأنه يمكن قسمة الثمن على أجزاء المبيع المثلي . وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه قبل تمام العقد فلم يتم رضاه بالموجود . وسبب تفرق الصفقة عليه : هو أن العقد ورد على جملة معلومة ، فإذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة .

ومثله في الحكم : كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر .

وإن وجد المشتري أن الصبرة أكثر من القدر المتفق عليه ، فالزيادة للبائع ؛ لأن البيع وقع على مقدار معين ، فما زاد عليه ، لم يدخل في العقد ، فيكون للبائع .

---

(١) المراجع السابقة : فتح القدير : ص ٨٦ ، الزيلعي : ص ٥ ، اللباب : ص ٧ ، رد المحتار والدر المختار : ٢٩/٤ .

ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا ، أو أرضاً على أنها مئة ذراع بمئة درهم مثلاً ولم يسم لكل ذراع ثمناً[1] ثم وجده أقل مما حدد له : فللمشتري الخيار : إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المحدد ، وإن شاء ترك البيع ، لتفرق الصفقة عليه . والفرق بين صورة الطعام ، وصورة الثوب والأرض : هو أن القدر في الطعام جزء أساسي من المبيع وليس بوصف ، فإن كل جزء من مقدار الطعام يقابله جزء من الثمن . أما الذرع في الثوب والأرض فإنه وصف لأنه عبارة عن الطول ، والوصف غير المقصود بالتناول لا يقابله شيء من الثمن ، إلا أن المشتري يخير لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد .

فإن وجد المشتري زيادة في أذرع الثوب أو الأرض ، فالزائد له ، ولا خيار للبائع ؛ لأن الذرع وصف غير مقصود في هذه الحالة في الثوب أو الأرض كما أبنا ، لأنه تابع محض ، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان ذلك بمنزلة ما إذا باع رجل غيره شيئاً معيباً فإذا هو سليم .

فهذا إذاً حيث لم يكن الذرع مقصوداً ، فإن كان مقصوداً بأن قال : « بعتك الأرض [المذكورة] على أنها مئة ذراع بمئة درهم مثلا ، كل ذراع بدرهم » فوجدها ناقصة ، فالمشتري بالخيار : إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بانفراده بذكر الثمن ، وإن شاء تركها لتفرق الصفقة .

فإن وجدها زائدة ، فالمشتري بالخيار : إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع لدفع ضرر التزام أخذ الزائد[2] .

ثانياً ـ مذهب المالكية : يجوز عند الإمام مالك أن تباع الصبرة المجهولة على

---

(١) أي أن غرض المشتري موجه أصالة إلى الشيء المبيع جملة دون أن يكون له هدف أصلي في الطول أو في العرض مثلاً ، فيكون كل الثمن مقابلاً بالعين كلها .

(٢) المراجع السابقة : الفتح : ص ٩٢ ، الزيلعي : ص ٦ ، اللباب : ص ٨ .

الكيل أي كل كيل منها بكذا ، فما بلغته الصبرة من الأكيال بعد الكيل تحسب قيمته الإجمالية بحسب قيمة كل كيلة منها . ولا مانع في هذا البيع عند المالكية من أن يكون المبيع مثلياً أو قيمياً أو عددياً ، فهو يجوز في الطعام والثياب والعبيد والحيوان[1] بخلاف ما سبق ذكره عن أبي حنيفة ، فإنه لا يجيزه في القيميات .

وسيأتي مزيد بيان لذاك عند المالكية في شروط بيع الجزاف .

ثالثاً ـ مذهب الشافعية : قال الشافعية : يصح بيع صاع من صبرة[2] تعلم صيعانها للمتعاقدين كعشرة مثلاً لعدم الغرر ، كما أنه يصح البيع في الأصح إن جهلت صيعانها للمتعاقدين أو لأحدهما ، لتساوي أجزائها ، وتغتفر جهالة المبيع هنا ، فإنه ينزل على صاع مبهم . ولا يصح بيع ذراع من مجهول الذرعان من أرض أو ثوب لتفاوت الأجزاء كبيع شاة من هذه الشياه .

ويصح أيضاً بيع الصبرة المجهولة الصيعان بأن يقول : كل صاع بدرهم أو أن يقول : بعتك هذه الصبرة ، وإن لم يعرف قفزانها ، أو يقول : بعتك هذه الدار أو هذا الثوب وإن لم يعرف ذرعانها ؛ لأن المبيع مشاهد ، فيزول غرر الجهالة بالمشاهدة ولا يضر الجهل بجملة الثمن ، لأنه معلوم بالتفصيل ، والغرر مرتفع به ، كما إذا باع بثمن معين جزافاً . ومثل الصبرة ما لو قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام أو العبيد كل واحد بدرهم . ومن قال لغيره : « بعتك هذه الصبرة » جاز البيع ، وإن لم يعرف قفزانها . وإن قال : « بعتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الثوب » جاز البيع ، وإن لم يعرف ذرعانها ؛ لأن غرر الجهالة ينتفي عنها بالمشاهدة . قال الشافعي : وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقية .

---

(١) بداية المجتهد : ١٥٨/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ١٨/٣ ـ ٢٠ .

(٢) وفسروا الصبرة بالكومة من الطعام وهو تفسير واضح .

ولو باع الصبرة أو الأرض أو الثوب بمئة درهم كل صاع أو ذراع بدرهم، صح البيع إن خرجت مئة لتوافق الجملة والتفصيل، وإن لم تخرج مئة بأن خرجت أقل أو أكثر، فلا يصح البيع على الصحيح لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله.

ويصح كون الصبرة ثمناً، فلو قال: بعتك بهذه الصبرة وهي مجهولة القدر، صح البيع اعتماداً على المشاهدة مع الكراهة، لأنه قد يوقع في الندم[1].

والخلاصة: أن الشافعية كالمالكية يجيزون بيع الصبرة في المثليات والقيميات، ويخالفون الحنفية في حالة تحديد قدر الصبرة إجمالاً، فيبطلون البيع إن لم يتطابق جملة المبيع مع تفصيله بأن نقص أو زاد، أما الحنفية فإنهم يرون البيع صحيحاً ولكن يعطى المشتري الخيار كما أوضحنا. وفي الجملة: يكره بيع الصبرة جزافاً في أصح القولين عند الشافعي، وبه قطع النووي وآخرون لما فيه من الغرر[2].

رابعاً ـ مذهب الحنابلة: أجاز الحنابلة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها، سواء أكان المبيع طعاماً أم ثياباً أم حيواناً. ويصح عندهم بيع الصبرة أو الثوب أو القطيع كل قفيز أو ذراع أو شاة بدرهم؛ لأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين: وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر القفزان ونحوها، فيعلم مبلغه.

ويصح بيع ما بوعاء مع وعائه أو دونه، أو كل رطل بكذا على أن يسقط منه وزن الوعاء[3].

نخلص مما ذكرناه في بيع الصبرة جزافاً أن الفقهاء صححوا العقد فيما إذا قال البائع: « بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم » وإن لم يعلما مقدارها حال

---

(١) راجع مغني المحتاج: ١٦/٢ وما بعدها، المهذب: ٢٦٤/١ وما بعدها، المجموع: ٣٤٠/٩ وما بعدها.

(٢) المجموع: ٣٤٣/٩.

(٣) انظر المغني: ١٢٣/٤ وما بعدها، غاية المنتهى: ١٢/٢، ١٥

العقد . ومثل الصبرة كل مكيل أو موزون أو معدود مثلياً أو قيمياً . وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يصح البيع في قفيز واحد فقط ، ويبطل فيما سواه ؛ لأن جملة الثمن مجهولة ، فلم يصح كبيع الشيء برقمه . ولا يصح عنده بيع الجزاف في القيميات .

بيع النقود والحلي والمحلى جزافاً :

يصح بيع الجزاف إذا كان البدلان من جنسين مختلفين ، فإن اتحد جنس البدلين لم يجز البيع جزافاً لاشتمال العقد على الربا ؛ لأن عدم التقدير بالكيل أو بالوزن مظنة للزيادة والنقصان ، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه ، وذلك بكيل المكيل ووزن الموزون في كلا البدلين . وهذا يعني أن البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها ، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع من صحة العقد كحقيقة الربا[1] .

ومن هنا قال الحنفية : الأصل العام في بيع النقود ونحوها جزافاً :

أن ما يجوز البيع فيه متفاضلاً ، يجوز فيه البيع مجازفة ، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلاً ، لا يجوز فيه البيع مجازفة[2] . ويظهر أن هذا الأصل متفق عليه بين المذاهب الأربعة بحسب ما يجوز فيه التفاضل وما لا يجوز وفقاً لما هو مقرر من علة معينة للربا في كل مذهب ، فلا يجوز مثلاً عند الشافعية بيع الطعام بجنسه أو النقد بجنسه جزافاً تخميناً وإن خرجا سواء ؛ للنهي عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر[3] .

---

(١) فتح القدير : ٨٦/٥ .

(٢) تحفة الفقهاء : ٣٩/٣ .

(٣) راجع مغني المحتاج : ٢٥/٢ ، المغني : ١٥/٤ ، القوانين الفقهية : ص٢٤٦ ، ٢٥٧ .

وعلى هذا :

١ً - إذا بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة مجازفة : لا يجوز البيع ، لعدم جواز التفاضل بين هذين المعدنين باعتبارهما من الأموال الربوية ، فلا تجوز المجازفة ، لاحتمال وجود زيادة في أحد العوضين لا يقابلها مثلها في العوض الآخر ، وذلك سواء جهل المتعاقدان أو أحدهما وزن كل عوض منهما ، أو عرفا وزن أحدهما دون الآخر .

فإن وزن العوضان في مجلس العقد ، فكانا متساويين في الوزن ، جاز البيع استحساناً ؛ لأن لمجلس العقد حكم حالة انعقاد العقد ، فكان العلم بالتساوي بين البدلين حينئذ كالعلم به عند العقد . أما إذا تفرق العاقدان عن المجلس قبل الوزن ، ثم حصل الوزن ، فكان العوضان متساويين وزناً ، فالبيع فاسد . وقال زفر : البيع صحيح في الحالين إذا كانت هناك مساواة في الوزن ؛ لأن المانع من صحة العقد هو احتمال وجود الزيادة ، وقد تبين أنه لا زيادة .

٢ً - إذا بيع الشيء بغير جنسه كبيع ذهب بفضة مجازفة : صح البيع ؛ لأنه جاز التفاضل فيهما ، ولكن يجب التقابض في العوضين في مجلس العقد كما يجب حالة اتحاد الجنس .

ويتفرع عن هذه القاعدة في حالتي بيع الشيء بجنسه أو بغير جنسه ما يأتي :

- إذا تمت القسمة بين الشريكين فيما يجري فيه الربا : لا تجوز مجازفة في الجنس الواحد ، وتجوز في مختلفي الجنس ؛ لأن القسمة في معنى البيع أو المبادلة ؛ لأن ما يأخذه كل شريك يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في نصيب صاحبه ، فكان ذلك مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه .

- لو بيع سيف بسيف ، أو إناء نحاس بإناء آخر من جنسه مجازفة ؛ صح البيع إذا كان ذلك مما يباع عدداً ؛ لأن العدّ في العدديات ليس من أوصاف علة الربا (التي هي الكيل أو الوزن) فجاز فيهما التفاضل ولا يتحقق الربا عندئذ .

وإن كان ذلك مما يباع وزناً : فلا يجوز، لأنه بيع مال ربوي بجنسه مجازفة[1] .

ـ إذا بيعت الفضة مغشوشة بمعدن آخر، أو بيع الذهب مغشوشاً، فالعبرة للغالب في الشرع، فغالب الفضة فضة، وغالب الذهب ذهب. فإن بيعت فضة مغشوشة يغلب فيها الفضة، فحكمها حكم الفضة الخالصة : لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء، يداً بيد، أي يصح بيع المغشوشة بما يساويها وزناً من الفضة الخالصة لأن كلاً منهما لا يخلوان عن قليل غش، إذ هما لا يطبعان عادة بدونه، وقد يكون الغش فيهما طبيعياً فيعسر التمييز بين المخلوط والطبيعي، فيلحق القليل من الغش بالرداءة، والجيد والرديء سواء في مبادلة الأموال الربوية، فيعتبر الغش فيهما كأن لم يكن .

فإن كان الغش هو الغالب : فحكمها حكم النحاس الخالص، فلا يباع المغشوش بالنحاس إلا مثلا بمثل، يداً بيد .

وإن استوت الفضة والغش، أو الذهب والغش : فحكمه حكم ما غلب فيه الفضة أو الذهب في التبايع والاستقراض، فلا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلاّ بالوزن، ولا يجوز بيعها مجازفة وعدداً .

وأما في الصرف فالحكم فيه كغالب الغش أي كحكم فضة غلب عليها الغش، فإن بيعت بفضة خالصة يجزأ المبيع في اعتبارنا وتقديرنا : إن كانت الفضة الخالصة أكثر وزناً من الفضة المغشوشة، جاز البيع، حتى يكون قدر الفضة في كلا العوضين مقابلاً بمثله، وأما الزائد عن ذلك القدر في الفضة الخالصة فهي مقابل الغش كما لو كانت الفضة الخالصة ثمناً لمبيع مشتمل على فضة وقطعة نحاس مثلاً . وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة الموجودة في المغشوش أو مثلها، أو جهل الأمر : فلا يجوز البيع

---

(١) البدائع : ١٨٥/٥ .

لما فيه من الربا في أحد العوضين[1] .

- إذا بيع سيف محلىً أي مفضض أو مذهب ، والثمن ذهب أو فضة[2] : فإن تماثل جنس الحلية والثمن ، وكان مقدار الثمن أكثر من الحلية ، جاز البيع ، وتكون الحلية مبيعة بمثل وزنها ، والزائد من الثمن في مقابل الجفن والحمائل[3] التي تتبع السيف عادة في البيع ؛ لأن الأصل المقرر عند الحنفية في تقسيم الثمن على المبيع : أنه إذا كان المبيع أشياء بعضها من جنس الثمن ، وبعضها ليس من جنسه ، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه على وجه يصحح فيه العقد ما أمكن ؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن . وتصحيح العقد هنا يتم بصرف بعض الثمن إلى جنسه بمثل وزنه ، والبعض الآخر يصرف إلى الجنس الآخر في اعتبارنا وتقديرنا .

فإن كان الثمن مثل الحلية أو أقل ، فلا يجوز البيع ، لاشتماله على ربا الفضل ، إذ أن الجفن والحمائل تصبح مبيعة بدون عوض عنها وهذا هو معنى الربا .

وإن جهل مقدار الثمن أو اختلف التجار في تقديره : فإن تبين أن الثمن أكثر من الحلية ، والحلية أقل وزناً من الثمن في مجلس العقد ، يكون البيع جائزاً عند الحنفية . وإن علم ذلك بعد الافتراق عن المجلس : لا يجوز البيع عند جمهور الحنفية . وقال زفر : ينقلب العقد صحيحاً كما في بيع الجزاف ، كما مر سابقاً .

وعلى هذا فإن القاعدة : « متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش[4] بنقد من جنسه ، شرط زيادة الثمن ليكون قدر الحلية من الثمن ثمناً لها والزائد ثمناً للسيف ، إذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع ، فلو كان الثمن مثل الحلية أو أقل أو جهل بطل

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي : ١٤٠/٤ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع : ٢١٧/٥ وما بعدها ، تحفة الفقهاء : ٤١/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٢٤٧/٤ وما بعدها .

(٣) الجفن - بفتح الجيم : غمد السيف . والحمائل بفتح الحاء جمع حمالة بكسر الحاء أو محمل بوزن مرجل : وهي علاقة السيف .

(٤) المفضض : ما رصع بفضة أو ألبس فضة ، والمزركش هو المطرز بخيوط فضية أو ذهبية .

البيع ، ولو كان الثمن بغير جنس الحلية ، شرط التقابض فقط وجاز التفاضل » كما سيأتي[1] .

ومن المعلوم أن صحة البيع فيما إذا كان الثمن أكثر من الحلية تتطلب قبض ما يقابل الحلية من الثمن في مجلس العقد ، فإن تفرق العاقدان قبل أن يتقابضا ، أو يقبض أحدهما حقه دون الآخر ، فإنه ينظر :

أ ـ إن كانت الحلية مما لا يمكن تخليصها عن السيف إلا بإلحاق ضرر به : فسد البيع كله .

ب ـ وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز البيع في السيف ، وفسد في الحلية ؛ لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفاً ، وبالنسبة للسيف يكون بيعاً مطلقاً ، والتقابض شرط لصحة الصرف فقط .

فإذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر ، فكأنها والسيف شيئان منفصلان ، فيجوز العقد في أحدهما دون الآخر .

وإن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر : فسد العقد كله ، أما بالنسبة للحلية فلعدم التقابض ، وأما بالنسبة للسيف ، فلأنه بيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، ومثل هذا البيع فاسد كبيع جذع في سقف ، فلو فصلت الحلية عن السيف ، وسلم إلى المشتري انقلب العقد صحيحاً .

ـ يترتب على الشرطين السابق ذكرهما في عقد الصرف (وهما خلو العقد عن خيار الشرط ، وعن تأجيل قبض أحد العوضين) أنه لو بيع السيف المحلى بجنس الحلية ، أو بخلاف جنسها من الذهب أو الفضة ، وكان الثمن أكثر وزناً من الحلية ، واشترط أحد العاقدين خيار شرط ، أو شرط المشتري تأجيل الثمن في صلب العقد ، ثم

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٢٤٨/٤ .

تفرق المتعاقدان دون أن يتم قبض أحد العوضين : كان العقد فاسداً على التفصيل الآتي[1] :

أ ـ إن كانت الحلية مما لا تتميز عن السيف إلا بضرر : فسد البيع في الحلية بسبب الخيار أو الأجل ، وفسد في السيف ، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، لما فيه من إلحاق الضرر بالبائع ، بتسليمه منفصلاً عن الحلية .

فإن افترق المتعاقدان بعد التقابض ، بأن أبطلا الخيار أو أسقطا الأجل ، انقلب العقد جائزاً خلافاً لزفر .

ب ـ وإن كانت الحلية تتميز عن السيف من غير ضرر : فسد العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، والفساد في نفس المعقود عليه ، وفي مثل هذا يشيع الفساد في كل المبيع .

وقال محمد : يجوز البيع في السيف ، ويبطل في الحلية ؛ لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، وللفاسد تأثيره ، فيصح العقد في الجزء الصحيح ، ويفسد في الفاسد .

ـ إذا اشترى رجل من صائغ سواراً من فضة بدراهم فضية ، وتماثلا في الوزن ، وتقابضا وافترقا ، أو تصارف رجلان ذهباً بذهب ، أو فضة بفضة مثلاً بمثل ، وتم التقابض بينهما ، وافترقا ، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبل الآخر : فسد البيع عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف : الحط والزيادة باطلان لاغيان ، والعقد الأول صحيح .

وقال محمد : الحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة ، والزيادة باطلة .

---

(١) راجع البدائع : ٢١٧/٥ وما بعدها .

ومنشأ هـذا الخلاف هو اختلافهم في تـأثير الشرط الفـاسـد على العقـد إذا تـأخر ذكره عن العقد[1] :

فعند أبي حنيفـة : يلتحق هـذا الشرط بـالعقـد ويفسـد العقـد ، فـإذا وجـدت الزيادة أو الحط بعد انعقاد العقد ، التحقا بأصل العقد ، فكأن العقد وجد منذ انشائـه على هذا النحو مشتملاً على الزيادة في أحد العوضين فيفسد العقـد بسبب التفـاضل في مال ربوي ؛ لأن العوضين من جنس واحد ، فيتحقق الربا .

وإنما شرط القبول في الحـط عنـد أبي حنيفـة ، لأنـه يترتب عليـه فسخ العقـد ، ولا يحق لأحد المتعاقدين إجراء الفسخ إلا برضا الآخر .

وعند أبي يوسف ومحمد : إن الشرط الفاسـد لا يلتحق بـالعقـد إلا أن أبـا يوسف التزم هذا الأصل ، فأسقط اعتبار الزيادة والحط جميعاً فبقي البيع الأول صحيحاً .

وأما محمد فإنه فرق بين الزيادة والحط ، فقال : الزيادة باطلة والحط جائز ؛ لأن الزيادة لو صحت لالتحقت بأصل العقد ، فأفسدته ، فبطلت الزيادة .

وأما الحط فلا يشترط لصحته أن يلتحق بالعقد بـدليل أن البـائع لو حـط جميع الثمن صح ، ولا يلتحق بـأصل العقـد ، إذ لو التحق لكان البيع واقعـاً بلا ثمن ، فيجعل حطاً للحال بمنزلة هبة مستأنفة أو مبتدأة بقطع النظر عن البيع الأول .

هذا إذا اتحد جنس البدلين .

فإن اختلف جنسهما بأن بيع سوار فضة وزنـه مقـدار وزن عشرة دراهم بـدينـار ذهبي ، أو تصارف اثنان ديناراً بعشرة دراهم فضيـة ، ثم زاد أحـدهمـا صـاحبـه درهماً وقبل الآخر ، أو حط عنه درهماً من الدينار ، صح الحط والزيادة بـاتفـاق الحنفيـة ، ويلتحقان بـأصل العقـد ؛ لأن المـانع من تصحيح العقـد هو وجود الربـا ، واختلاف

---

(١) راجع البدائع : ٢١٦/٥ ، الدر المختار : ٢٤٦/٤ .

الجنس في العوضين يمنع تحقق الربا، إذ أن مبادلة الأموال الربوية يجوز فيها التفاضل حال اختلاف الجنس، ويمتنع حال اتحاد الجنس.

إلا أنه يشترط في الزيادة قبضها في مجلس الزيادة، فلو افترق العاقدان قبل القبض، بطل البيع بقدر الزيادة، لأنها لما التحقت بأصل العقد، صار كأن العقد ورد على الزيادة والأصل جميعاً، فصارت جزءاً من ثمن الصرف.

وأما الحط فلا يشترط قبضه في المجلس، لأنه وإن التحق بأصل العقد فأدى إلى حدوث التفاضل في العوضين، فلا يؤثر على العقد؛ لأن التفاضل في الأموال الربوية جائز عند اختلاف الجنس كما بينا.

لكن يجب على العاقد رد ما حط لغيره؛ لأن الحط لما التحق بأصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من ابتداء العقد، فيجب رده.

شروط بيع الجزاف:

اشترط فقهاء المالكية لصحة بيع الجزاف شروطاً سبعة[1]، سنذكرها بإيجاز مع الإشارة إلى ما قد نجده من شروط في كتب فقهاء المذاهب الأخرى وهي:

١ - أن يكون المبيع مرئياً بالبصر حال العقد أو قبله، واستمر العاقدان على معرفة المبيع حين التعاقد، فلا يصح بيع غير المرئي جزافاً ولا البيع من الأعمى جزافاً. وتكفي رؤية بعض المبيع المتصل به كمغيب الأصل، وتكفي في الصبرة رؤية ما ظهر منها. ولا تشترط الرؤية إذا ترتب عليها فساد البيع كأواني الخل المختومة التي يفسدها الفتح، ولكن لا بد من بيان صفة ما فيها من الخل.

وهذا الشرط متفق عليه أيضاً بين الحنفية والشافعية والحنابلة[2]، قال

(١) راجع الشرح الكبير للدردير: ٣ ص٢٠ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢ ص١٥٧، الغرر وأثره في العقود للزميل الدكتور الصدّيق محمد الضرير: ص٢٣٤ وما بعدها.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤ ص٥، المهذب: ١ ص٢٦٥، المغني: ٤ ص١٢٣.

الزيلعي : شرط جواز الجزاف : أن يكون مميزاً مشاراً إليه . وعبارة الشافعية والحنابلة : تكفي المشاهدة في الصبرة ونحوها ؛ لأن غرر الجهالة ينتفي عنها بها .

٢ - أن يجهل كل من البائع والمشتري قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً ، فإن علم قدره أحد العاقدين بإعلام صاحبه بعد انعقاد العقد ، كان الآخر بالخيار ، وإن استوى الاثنان في العلم بمقداره حين التعاقد فسد العقد ، لتعاقدهما على الغرر ، وتركهما الكيل أو الوزن ، فيرد المبيع إن كان قائماً ، وإلا لزم المشتري دفع القيمة[١] . ووجود هذا الخيار دليل على أن هذا الشرط شرط لزوم وليس شرط صحة .

ويظهر لنا أن الحنفية يوافقون على هذا الشرط[٢] ، وصرح الشافعية بالموافقة عليه[٣] ، ونص الإمام أحمد على أن البائع إذا عرف مقدار شيء لم يبعه صبرة ، فإن خالف ذلك وباع مع علمه بمقدار المبيع فالبيع صحيح لازم لكنه مكروه كراهة تنزيه[٤] .

٣ - أن يكون البيع في كل ما كان المقصود منه الكثرة لا الآحاد : فيصح الجزاف في المكيلات والموزونات كالحبوب والحديد ، والممسوحات أو المذروعات كالأرضين والثياب ، ولا يجوز الجزاف في المعدودات إلا إذا كان في عده مشقة ؛ لأن العد متيسر لغالب الناس ، وهذا هو المراد بالمذكور في الشرط : وهو ألا يكون القصد منه آحاد أو أفراد أعيانه . فإن كان في عده مشقة جاز بيعه جزافاً ، وإن كان القصد موجهاً إلى كل فرد من أفراده على حدة لم يجز بيعه جزافاً .

وعلى هذا يجوز بيع المعدود جزافاً إذا قل ثمن أفراده كالبيض والتفاح والرمان

---

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزي : ص٢٤٦ .

(٢) راجع العناية بهامش فتح القدير : ٥ ص٨٦ .

(٣) المجموع للنووي : ٩ ص٣٤٣ .

(٤) المغني : ٤ ص١٢٥ وما بعدها .

والبطيخ المتماثل في الحجم نسبياً بأن كان كله كبيراً أو كله صغيراً ، لا ما كان بعضه صغيراً وبعضه كبيراً . ولا يجوز بيع المعدود جزافاً إن قصد كل فرد من أفراده بثمن معين كالعبيد والثياب والدواب ، وحينئذ لا بد من عده ، فإن لم تقصد أفراد هذه الأشياء جاز بيعها جزافاً .

ولا يجوز بيع الدراهم والدنانير جزافاً ، ويجوز بيع التبر والفضة الغير المسكوكين جزافاً .

والخلاصة : متى عدّ المعدود بلا مشقة لم يجز جزافاً سواء قصدت أفراده أم لا ، قل ثمنها أم لا ، ومتى عدّ بمشقة فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافاً قل ثمنها أم لا ، وإذا قصدت جاز جزافاً إن قل ثمنها ومنع إن لم يقل[(١)] .

وأما الحنفية فقد عرفنا الخلاف المذهبي عندهم ، فالإمام أبو حنيفة يحصر جواز بيع الجزاف في المكيل والموزون (أي المثليات) في الكيل الواحد منها ، والصاحبان يجيزان بيع المجازفة في المكيلات والموزونات والذرعيات كالثياب والأراضي والمعدودات المتفاوتة كالحيوانات والعبيد ، والفتوى على رأيهما للتيسير على الناس كما أوضحنا[(٢)] .

وفي الجملة : يجيز الشافعية والحنابلة أيضاً بيع المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات جزافاً[(٣)] .

٤ ـ أن يحزر المبيع بالفعل من أهل الحزر : فلا يصح بيع الجزاف فيما يعسر حزره كعصافير حية ونحوها مما يتداخل مع بعضه كحمام في برج وصغار دجاج في مدجنة كبرى ، إلا إذا أمكن معرفتها بالحزر قبل الشراء في وقت هدوها أو نومها ، فيجوز عندئذ شراؤها جزافاً .

---

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : ٣ ص٢١ .

(٢) راجع فتح القدير : ٥ ص٨٨ ـ ٩٠ ، اللباب شرح الكتاب : ٢ ص٧ وما بعدها .

(٣) انظر مغني المحتاج : ٢ ص١٦ ـ ١٧ ، المغني : ٤ ص١٢٤ .

وكون العاقدين من أهل الحزر بأنفسهما أو بوكيلهما يتحقق بالممارسة والخبرة والاعتياد.

وقد وافق الشافعية على هذا الشرط، فقرروا أنه لا بد من معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه، فأجازوا في الأصح بيع النحل في الكندوج[1] إذا رئي في دخوله وخروجه، ولم يعرف أنه خرج جميعه[2].

٥ ـ أن يكون المبيع كثيراً كثرة غير هائلة: فإن كان كثيراً جداً يمنع بيعه جزافاً، سواء أكان مكيلاً أم موزوناً أم معدوداً لتعذر حزره. فإن لم يكثر جداً يجوز بيعه جزافاً مكيلاً كان أو موزوناً أو معدوداً لإمكان حزره. وأما ما قل جداً فيمنع بيعه جزافاً إن كان معدوداً لأنه لا مشقة في علمه بالعدد، ويجوز إن كان مكيلاً أو موزوناً وجهل العاقدان قدر كيله أو وزنه، ولو كان لا مشقة في كيله أو وزنه.

٦ ـ أن تكون الأرض التي عليها المبيع مستوية علماً أو ظناً: فإن لم تكن مستوية فسد العقد. وإن ظن المتعاقدان أنها مستوية ثم تبين في الواقع أن فيها علواً فيمنح المشتري الخيار، وإن كان فيها انخفاض فالخيار للبائع.

وقد وافق الشافعية على هذا الشرط، فقرروا في الأصح عندهم أن البيع فاسد إذا كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض، أو كان المبيع سمناً ونحوه في ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظاً[3].

واشترط الحنابلة أيضاً هذا الشرط، فقرروا كالمالكية أن المشتري بالخيار إذا بان أن الصبرة على ربوة مثلاً، وكذلك البائع بالخيار إذا بان أن تحت الصبرة حفرة لم

---

(١) الكندوج ـ بضم الكاف وسكون النون: وهو الخلية، عجمي معرب، ويقال لها الكوارة أيضاً.

(٢) المجموع: ٩ ص٣٤٥، ٣٥٣، المهذب: ١ ص٢٦٥.

(٣) المجموع: ٩ ص٣١٥، ٣٤٥، ٣٥٠، المهذب، المكان السابق.

يكن يعلم بها[1].

ويظهر لنا أن الحنفية يطالبون أيضاً بتحقق هذا الشرط بدليل أنهم شرطوا في بيع شيء بإناء بعينه لا يعرف مقداره ألا يكون الإناء محتملاً للزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل أو ينكبس بالكبس كالزنبيل والجوالق والقفة فلا يجوز كما ذكرنا[2].

٧ ـ ألا يشتمل العقد الواحد على جزاف ومكيل إلا إذا كان كل منهما موافقاً للأصل الذي يصح به، فلا يصح اجتماع جزاف من حب قمح أو شعير مع مكيل منه سواء أكان من جنسه أم لا، كشراء صبرة مجهولة القدر مع صبرة معلومة القدر بثمن واحد أو بثمنين، ولا يصح اجتماع جزاف من حب مع مكيل من الأرض مثل: أشتري منك هذه الصبرة جزافاً بكذا، ومئة ذراع أو فدان من هذه الأرض بكذا. ولا يصح أيضاً اجتماع جزاف من أرض مع مكيل منها، مثل بعني هذه الأرض مع مئة ذراع من أرضك بكذا. والسبب في منع هذه الصور الثلاثة هو تأثر الشيء المعلوم بجهالة المجهول.

وأما الصورة المستثناة الجائزة فقط فهي اجتماع جزاف أصله أن يباع جزافاً كالأرض مع ما أصله أن يباع كيلاً كمكيل حب، مثل أشتري منك هذه الصبرة المعلومة القدر وهذه الأرض المجهولة القدر بمئة ليرة مثلاً، فيجوز البيع لموافقة كل منهما للأصل الذي يباع به[3].

---

(١) المغني: ٤ ص١٢٤ وما بعدها.

(٢) تبيين الحقائق: ٤ ص٥، فتح القدير: ٥ ص٨٦.

(٣) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣ ص٢٣.

ـ ٥ ـ
الربا

خطة الموضوع :

كلامنا مقصور على الربا الذي هو أحد أنواع البيوع المنهي عنها قطعاً على ما يأتي :

المطلب الأول ـ تعريف الربا وأدلة تحريمه .

المطلب الثاني ـ أنواع الربا .

المطلب الثالث ـ مذاهب الفقهاء في علة الربا .

المطلب الرابع ـ أثر الاختلاف في علة الربا .

المطلب الأول ـ تعريف الربا وأدلة تحريمه :

الربا في اللغة : الزيادة ، قال الله تعالى : ﴿ فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ﴾ أي زادت ونمت ، وقال سبحانه : ﴿ أن تكون أمة هي أربى من أمة ﴾ أي أكثر عدداً ، يقال : « أربى فلان على فلان » أي زاد عليه[1] .

وهو في الشرع : الزيادة في أشياء مخصوصة ، وهذا تعريف الحنابلة . وعرفه في الكنز عند الحنفية بأنه : فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال . ويقصد به فضل

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص٢١ ، نهاية المحتاج : ٣ ص٣٩ .

مال ولو حكماً، فيشمل التعريف حينئذ ربا النسيئة والبيوع الفاسدة، باعتبار أن الأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض مادي محسوس، والأجل يبذل بسببه عادة عوض زائد[1].

والربا محرم بالقرآن والسنة والإجماع.

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿ وأحلّ الله البيع وحرم الربا ﴾[2]، ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ﴾. ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون ﴾.

وكان تحريم الربا سنة ثمان أو تسع من الهجرة.

وأما السنة: فقوله ﷺ : «اجتنبوا السبع الموبقات - وذكر منها آكل الربا»[3] وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه»[4] وروى الحاكم عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «الربا ثلاثة

---

(١) رد المحتار: ٤ ص١٨٤.

(٢) بهذا رد الله تعالى على العرب في الجاهلية الذين كانوا يقولون: إنما البيع الذي لا ربا فيه مثل البيع الذي فيه ربا أي أن الزيادة عند حلول أجل الدين آخراً كمثل أصل الثمن في أول العقد، فبين الله الفرق بين النوعين بأن الزيادة في أحدهما لتأخير الدين وفي الآخر لأجل البيع، وأيضاً فإن البيع بدل البدل لأن الثمن فيه بدل المثمن، والربا زيادة من غير بدل للتأخير في الأجل، أو زيادة في الجنس. (راجع تفسير القرطبي ومجمع البيان للطبرسي).

(٣) أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قلنا، وما هن يا رسول الله؟ قال: «الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات» (راجع الإلمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق العيد: ص ٥١٨).

(٤) رواه أبو داود وغيره أن النبي ﷺ «لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده» ورواه مسلم عن جابر قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء» وللبخاري نحوه من حديث أبي جحيفة، وروى الترمذي وابن ماجه عن أنس قال: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة.. الحديث» (راجع مجمع الزوائد: ٤ ص١١٨، سبل السلام: ٣ ص٣٦، نيل الأوطار: ٥ ص١٥٤).

وسبعون باباً أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه ، وإن أربى الربا عرض الرجل المسلم »[1] وستأتي أحاديث أخرى في بحث علة الربا .

وأجمعت الأمة على أن الربا محرّم ، قال الماوردي : « حتى قيل : إنه لم يحلّ في شريعة قط » ، لقوله تعالى : ﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ﴾ يعني في الكتب السابقة[2] .

والربا المحرم في الإسلام نوعان : أولهما : ربا النسيئة الذي لم تكن العرب في الجاهلية تعرف سواه ، وهو المأخوذ لأجل تأخير قضاء دين مستحق إلى أجل جديد ، سواء أكان الدين ثمن مبيع أم قرضاً .

وثانيهما : ربا البيوع في أصناف ستة هي الذهب والفضة والحنطة والشعير والملح والتمر وهو المعروف بربا الفضل . وقد حرم سداً للذرائع أي منعاً من التوصل به إلى ربا النسيئة ، بأن يبيع شخص ذهباً مثلاً إلى أجل ثم يؤدي فضة بقدر زائد مشتمل على الربا .

والنوع الأول هو المحرم بنص القرآن وهو ربا الجاهلية ، وأما الثاني فقد ثبت تحريمه في السنة بالقياس عليه لاشتماله على زيادة بغير عوض ، وأضافت السنة تحريم نوع ثالث وهو بيع النَّساء إذا اختلفت الأصناف ، فاعتبرته ربا ؛ لأن النساء في أحد العوضين يقتضي الزيادة . ويساويه في المعنى القرض الذي يجر نفعاً ؛ لأنه مبادلة الشيء نفسه[3] .

---

(١) رواه ابن ماجه مختصراً والحاكم بتمامه وصححه . وفي معناه أحاديث كثيرة في بعضها : «الربا سبعون باباً» وفي بعضها : «الربا اثنان وسبعون باباً» (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص١١٧ ، سبل السلام : ٣ ص٣٧) .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص٢١ ، المهذب : ١ ص٢٧٠ ، المغني : ٤ ص١ ، المبسوط : ١٢ ص١٠٩ ، فتح القدير : ٥ ص٢٧٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص١٦٦ .

(٣) راجع الموافقات للشاطبي : ٤ ص٤٠ ط مصطفى محمد .

المطلب الثاني ـ أنواع الربا :

ربا البيع عند جمهور الفقهاء نوعان : ربـا الفضل وربـا النسيئـة[1] . وقد عرف فقهاء الحنفية ربا الفضل[2] الذي هو بيع : بأنه زيادة عين مال في عقد بيع على المعيار الشرعي (وهو الكيل أو الـوزن)[3] عنـد اتحـاد الجنس . ولم نقـل : « شرطت في عقـد بيع » كما ذكر الكاساني ؛ لأن ترك ذلك أولى فإن الربا يتحقق بالزيادة المشروطة وغير المشروطة في البيع أو في القرض ، والقصد من قوله « عين مال » هو أنه ينظر في تحقيق الفضل أو الزيادة إلى المقدار والكميـة لا إلى القيمـة ، واحترز بقيـد « المعيـار الشرعي » عن المذروع والمعدود ، فإنه لا يتحقق فيهما ربا . كما لا ربا في الأموال القيمية مثل أنواع الحيـوان والبسـط والطنـافس والأثـاث والأراضي والشجر والـدور ، فـلا تحرم فيهـا الزيادة ، فيجوز فيهـا أخـذ كثير مقـابل قليل من جنسـه ؛ لأن القيميـات ليست من المقدرات أي مما لا تخضع في مبادلتها لمقدار كيلي أو وزني موحد . وإنما يختص الربا في كل مكيل أو موزون ، فلو باع خمسة أذرع من قماش معين بستة أذرع منه ، أو بيضـة ببيضتين أو شاة بشاتين ، جاز بشرط التقابض في المجلس ، فإذا كان أحـدهمـا نسيئـة لم يجـز البيـع ؛ لأن وجـود الجنس فقـط كاف لتحريم ربـا النسـاء ، أي تـأجيـل أحـد البدلين .

ويمكن تعريف ربا الفضل بعبارة أخرى : هو بيع ربوي بمثله مع زيادة في أحد المثلين .

---

(١) البدائع : ٥ ص١٨٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص١٢٩ ، حاشية الـدسوقي : ٣ ص٤٧ ، المغني : ٤ ص١ ، أعلام الموقعين : ٢ ص١٣٥ .

(٢) سماه ابن القيم الربا الخفي الذي كان تحريمه من باب سد الذرائع كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ : « لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرِّماء » أي الربا .

(٣) المعيار الشرعي أي بحسب العادة في بيع الأشيـاء عنـد أبي يوسف : وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن أي أن الربا محصور في دائرة المكيلات والموزونات والمقصود بقوله « زيادة عين مـال » الزيـادة المـاديـة الملموسـة في أحد العوضين عن الآخر بقطع النظر عن الزيادة في القيمة ، فـإذا حصلت زيـادة عينيـة في مـال وجد الربـا ، وإن كان المالان مختلفين أو متساويين في القيمة الشرائية .

والخلاصة : أن تبادل الأموال الربوية يجب فيه التساوي في الكميات المبادلة في الجنس الواحد . والتساوي عند أبي يوسف يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف على حدة ، فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن ، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل .

وتحريم الربا في النقدين (الذهب والفضة أو ما يحل محلهما من النقود الورقية الرائجة) لا فرق فيه بين المسكوك المصنوع أو التبر غير المصنوع . لذا قال الفقهاء عن الدراهم : تبرها وعينها سواء . إلا أن ابن القيم أجاز بيع المصوغات الذهبية والفضية المباحة الاستعمال كالخاتم والحلية للنساء بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة ، رعاية للصنعة ولحاجة الناس إلى ذلك[1] .

وأما ربا النسيئة[2] الذي هو بيع ، فقد عرفه الحنفية بأنه : فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس[3] ، أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس[4] ، أي أن يباع الجنس الواحد ببعضه ، أو بجنس آخر مع زيادة في الكيل أو الوزن في نظير تأخير القبض ، كبيع صاع من الحنطة بصاع ونصف يدفع له بعد شهرين ، وكبيع صاع من القمح بصاعين من الشعير يدفعان له بعد ثلاثة أشهر ، أو بدون زيادة كبيع رطل من التمر ناجز تسليمه برطل آخر من التمر مؤجل التسليم ، وهذه أمثلة المكيل أو الموزون عند اختلاف الجنس أو اتحاده . وأما مثال غير المكيل أو الموزون عند اتحاد الجنس فهو بيع تفاحة بتفاحتين أو سفرجلة بسفرجلتين

---

(١) أعلام الموقعين : ٢ ص١٤٠ .

(٢) سماه ابن القيم الربا الجلي : وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية ، فيقول الدائن للمدين عند حلول الأجل : أتقضي أم تربي ؟ وهذا هو الربح المركب .

(٣) أي وكذا عند اتحاد الجنس من باب أولى .

(٤) البدائع : ٥ ص١٨٣ ، رد المحتار : ٤ ص١٨٤ وما بعدها .

لشهر مثلاً[(١)] . ففي كل هذه الأمثلة يوجد ربا النسيئة لاشتماله على زيادة في أحد العوضين بدون مقابل ، وأما سبب التحريم عند التساوي قدراً فهو بسبب الزيادة في القيمة ، إذ لا يقبل أحد العاقدين عادة تأجيل تسليم أحد العوضين إلا عند وجود الزيادة به في القيمة[(٢)] . والمعجل عادة أكثر من المؤجل ، كما أن العين أفضل من الدين ، إذ قد لا يقوم المدين بالتسليم ، وقد يكون مخالفاً للمتفق عليه .

وقد ذهب ابن عباس وأسامة بن زيد بن أرقم والزبير وابن جبير وغيرهم إلى أن الربا المحرم فقط : هو ربا النسيئة لقوله عليه السلام فيما يرويه الشيخان من حديث أسامة : « لا ربا إلا في النسيئة » وهؤلاء يرد عليهم بالأحاديث التي ثبت بها تحريم ربا الفضل ، لذا نقل جابر بن زيد أن ابن عباس رجع عن قوله ، ثم جاء إجماع التابعين على تحريم الربا بنوعيه ، فرفع الخلاف . وأما تأويل الحديث السابق فهو أن النبي ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضة إلى أجل ، فقال النبي ﷺ « لا ربا إلا في النسيئة » فهذا بناء على ما تقدم من السؤال ، فكأن الراوي سمع قول رسول الله ﷺ ، ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله[(٣)] أو أن القصد من

---

(١) فالزيادة المادية التي سيحصل عليها البائع بعد مدة كانت في مقابل تسليم المشتري في الحال مداً من الحنطة . وهذا هو المقصود بفضل الحلول على الأجل أي أن المال المدفوع في الوقت الحاضر أكثر أهمية من المدفوع في المستقبل ، وأما المقصود بفضل العين على الدين فهو أن الشيء المعين بذاته يكون أكثر أهمية من الشيء المعين بنوعه إذ قد يختلف هذا عن الوصف ، وقد لا يقوم البائع بتسليم ما يجب عليه ، كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما في مقابل مقدار معين من الشعير مثلاً ، فالمبيع في هذه الحالة يكون من قبيل الدين لا العين ، والثمن هو العين . وبه يتبين أن المساواة بين البدلين في العينية مطلوبة احترازاً عن شبهة الفضل الذي هو ربا ، لأن العين خير من الدين ، وإن كان حالاً ، ولهذا لم يجز أداء زكاة العين من الدين ، واشتراط التعيين مأخوذ من نص الحديث « يداً بيد » لأن اليد آلة التعيين ، كالإحضار والإشارة ، كما أن شرط المماثلة مأخوذ من قوله «مثلاً بمثل» فأصبح التعيين في البدلين الربويين أمراً مطلوباً ، لتحقيق المساواة بينهما ، كما أن تعيين أحد البدلين شرط لجواز كل بيع ، احترازاً عن الدين بالدين الذي هو نسيئة بنسيئة ، وهو ربا .

(٢) الموافقات للشاطبي : ٤ ص٤٢ .

(٣) راجع المبسوط للسرخسي : ١٢ ص١١٢ ، تكملة المجموع للسبكي : ١٠ ص٤٨ .

قوله « لا ربا » الربا الأكمل الأعظم خطورة ، الأكثر وقوعاً ، الأشد عقوبة ، كما تقول العرب : « لا عالم في البلد إلا فلان » مع أن فيها علماء غيره ، وإنما القصد نفي الأكمل علماً ، لا نفي أصل العلم .

وربا البيع عند الشافعية ثلاثة أنواع :

١ ـ ربا الفضل : وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر أي أن الزيادة مجردة عن التأخير . وهو لا يكون إلا في بدلين متحدي الجنس مثل كيلة قمح بكيلة ونصف مثلاً من القمح ، وهذا باتفاق العلماء .

٢ ـ وربا اليد : وهو البيع مع تأخير قبض العوضين أو قبض أحدهما من غير ذكر أجل أي أن يتم بيع مختلفي الجنس كالقمح بالشعير من غير تقابض في مجلس العقد . وهذا النوع داخل في تعريف ربا النسيئة عند الحنفية في قولهم : « فضل العين على الدين » وهو مفرع على شرط التقابض في المالين الربويين .

٣ ـ وربا النسيئة : وهو البيع لأجل أي البيع نسيئة إلى أجل ثم الزيادة عند حلول الأجل ، وعدم قضاء الثمن في مقابلة الأجل ، أي أن الزيادة في أحد البدلين من غير عوض في مقابلة تأخير الدفع .

وكل من ربا اليد وربا النسيئة لا يكون عند الشافعية إلا في بدلين مختلفي الجنس . والفرق بينهما أن ربا اليد في حالة تأخير القبض . وربا النسيئة في حالة تأخير الاستحقاق بذكر الأجل في العقد ولو قصيراً ، يعني أن الشافعية قصروا ربا النسيئة على حالة البيع الذي يصاحبه أجل . وأما ربا اليد فهو في حالة البيع الحال المنجز مع تأخير القبض . وزاد المتولي من الشافعية : ربا القرض المشروط فيه جر نفع ، قال الزركشي : ويمكن رده لربا الفضل[1] .

---

(١) نهاية المحتاج : ٣٩/٣ ، مغني المحتاج : ٢١/٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ١٦٧/٢ ، حاشية الشرقاوي : ٣٠/٢ وما بعدها .

والخلاصة : أن ربا النسيئة هو تأخير الدين في مقابل الزيادة على مقداره الأصلي (وهذا هو ربا الجاهلية) ، أو تأخير قبض أحد البدلين في بيع المال الربوي بجنسه . وأما ربا الفضل : فهو زيادة أحد البدلين على الآخر في مبادلة المال الربوي بجنسه مناجزة[1] . فإن قال تاجر عن سلعة : ثمنها حالاً خمس ليرات مثلا ، ومؤجلاً إلى شهر « كذا » بستة ، فهذا البيع المؤجل جائز ، إذ ليس فيه شيء من الربا ، لاختلاف الجنس في البدلين ، وبعض العلماء من الزيدية يحرمه لوجود الربا فيه .

ذرائع الربا وشبهاته : قال ابن كثير : وإنما حرمت المخابرة : وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ، والمزابنة : وهي اشتراء الرطب في رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض ، والمحاقلة : وهي اشتراء الحب في سنبله في الحقل بالحب على وجه الأرض ، إنما حرمت هذه الأشياء وما شاكلها حسماً لمادة الربا ، لأنه لا يعلم التساوي بين الشيئين قبل الجفاف ، ولهذا قال الفقهاء : الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة . ومن هذا حرموا أشياء بما فهموا من تضييق المسالك المفضية إلى الربا ، والوسائل الموصلة إليه .. إلخ[2] .

المطلب الثالث ـ مذاهب الفقهاء في علة الربا :

اتفق الفقهاء على تحريم ربا الفضل في سبعة أصناف منصوص عليها : الذهب ، والفضة ، والبر ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، والملح . فيحرم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس ، واختلفوا فيا عداها :

فطائفة : قصرت التحريم عليها ، وهم الظاهرية .

وطائفة : حرمته في كل مكيل أو موزون بجنسه ، وهذا مذهب أحمد في ظاهر مذهبه ، وأبي حنيفة .

---

(١) أصول البيوع الممنوعة : ص ٩٥ .

(٢) راجع تفسير ابن كثير : ٣٢٧/١ .

وطائفة : خصته بالنقدين أو بالطعام وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً ، وهو قول الشافعي ، ورواية عن الامام أحمد . والطعام عندهم : كل ما يؤخذ اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً .

وطائفة : خصته بالطعام إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، وهو قول سعيد بن المسيب ، ورواية عن أحمد وقول للشافعي .

وطائفة : خصته بالقوت ، وما يصلحه : وهو قول مالك ، واعتبره ابن القيم أرجح الأقوال[1] .

وسنفصل أهم هذه الآراء :

١ ـ **مذهب الحنفية :** قال الحنفية : **علة ربا الفضل** أو الضابط الذي تعرف به الأموال الربوية : هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس ، فعند اجتماعهما : يحرم الفضل والنساء[2] أي أن العلة في الأشياء الأربعة المنصوص عليها (البر والشعير والتمر والملح) : هي الكيل مع الجنس . وفي الذهب والفضة :العلة هي الوزن مع الجنس ، فلا تتحقق علة ربا الفضل إلا باجتماع الوصفين معاً : وهما القدر والجنس أي القدر المعهود في الشرع بكيل أو وزن[3] مع الجنس ، أي أن الربا يكون في الأموال التي يجمعها جنس وقدر واحد ، كبيع الذهب بالذهب إذا زاد أحد البدلين على الآخر ، فإن الزيادة تكون حينئذ ربا ؛ لأن كلاً من البدلين موزون ، وهو المراد بالقدر .

---

(١) أعلام الموقعين : ١٣٦/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٣/٥ ، فتح القدير : ٢٧٤/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، المبسوط : ١١٠/١٢ ، الدر المختار : ١٨٦/٤ .

(٣) والمعتبر في الموزون والمكيل : ما كان عليه عرف المسلمين في صدر الإسلام لما روى أبو داود والنسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة » (راجع جامع الأصول : ٣٧١/١ ، التلخيص الحبير : ص ١٨٣) ، ويرى أبو يوسف أن المقياس المعتبر في الأصناف الربوية هو المقياس العرفي الحاضر وأنه يتبدل بتبدل العرف في كل زمان ومكان (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٥١٤) .

وعلى هذا فإن الأموال المثلية (المكيلات والموزونات) هي التي يجري فيها الربا . وأما الأموال القيمية كالحيوان والدور وأنواع الطنافس والجواهر واللآلئ ، فلا يجري فيها الربا ، فيجوز مبادلة الكثير بالقليل كغنمة بغنمتين ؛ لأن القيميات ليست من المقدرات أي التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار .

والأصل في هذا حديث صحيح رواه أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : « الذهب بالذهب[1] مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا » .

وعلى هذا فإن ربا الفضل يختص بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط ، لا مذروع أو معدود ، فليس فيه ربا . وأما الأموال القيمية كأفراد الحيوان والطنافس والأراضي والدور والأشجار ، فلا يجري فيها ربا الفضل ، لأنها ليست من المقدَّرات (أي التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار معين) ، فيجوز إعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينتين ؛ لأن ربا الفضل زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية ، والقيميات ليست من المقدرات[2] .

وحكمة التحريم : هي دفع الغبن عن الناس ، وعدم الإضرار بهم ، مما قد يظن بأن في أحد الجنسين معنى زائداً عن الآخر . والأصل في تحريمه هو من باب سد الذرائع ، لأنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين : إما في الجودة ، وإما في نوع السكة ، وإما في الثقل والخفة وغيرها ، تدرجوا

---

(١) أي بيع الذهب بالذهب .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء : ص ١٣٩ ، الدر المختار : ١٨٥/٤ .

بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر : وهو عين ربا النسيئة ، أي أن تحريم ربا الفضل عند اختلاف الجنسين كبيع القمح بالشعير، هو من قبيل سد الذرائع ، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة ، فيستقرض الشخص ذهباً مثلا إلى أجل ، ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد . وبذلك وضع الشرع الحكيم مقياساً مبسطاً في يد أكثر الناس لتقويم الأصناف المختلفة ، دون حاجة إلى البحث عن الفروق النوعية في الصنف الواحد .

وقد لا يكون سبب التحريم هو سد الذرائع ، كما في أخذ كثير رديء في قليل جيد ، فزيادة الرديء تقابل بجودة الجيد ، لكنه مع ذلك حرام ؛ لأن هناك غرراً كبيراً لا يعلم معه أيهما غبن[1] .

وربا الفضل قليل الوقوع في المعاملة ، مثاله : أن يشتري رجل مداً من القمح بمدين من القمح مقايضة : بأن استلم كل من البائع والمشتري ماله .

قدر ربا الفضل : القدر الذي يتحقق فيه الربا من الطعام : هو ما كان نصف صاع[2] فأكثر، لأنه لا تقدير في الشرع بما دون ذلك[3] . فإذا كان أقل من نصف صاع ، فإنه يصح فيه الزيادة ، فيجوز أن يشتري حفنة من القمح بحفنتين[4] يداً بيد ، أو تفاحة بتفاحتين مع التقابض ، وهكذا إلى أن يبلغ نصف صاع ، لعدم وجود المعيار المبيِّن للمساواة ، فلم يتحقق الفضل أي الزيادة .

---

(١) الموافقات للشاطبي وتعليقاته : ٤٢/٤ ، القياس لابن القيم : ص ١١٤ ، أعلام الموقعين ، المرجع السابق ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٤٧/٢ وما بعدها ، المدخل الفقهي ، المرجع السابق .

(٢) نصف الصاع حوالي ١٣٥٠ غم أي كيلو وأوقيتان إلا ربعا ، أو سبع أواق إلا ربعاً ، أو ٥٤٠ درهماً .

(٣) فتح القدير : ٢٧٨/٥ ، الدر المختار : ١٨٨/٤ .

(٤) الحفنة : ملء الكفين .

وأما القدر الذي يتحقق فيه الربا من الموزون : فهو ما دون الحبة[1] من الذهب والفضة .

ولكن يشترط في صحة البيع في مثل ذلك تعيين البدلين ، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقاً[2] .

نوع العلة : وهكذا كل ما تحققت فيه هذه العلة (القدر المتفق مع الجنس المتحد) فإنه يشتمل على الربا ، سواء أكان مطعوماً أم غير مطعوم ، فيقاس على القمح والشعير المذكورين في حديث ربا الفضل : كل ما يباع بالكيل كالذرة والأرز والسِّمسِم والحِلْبة والجص ، إذا كان يباع بالكيل . ويقاس على الذهب والفضة : كل ما يباع بالوزن كالرصاص والنحاس والحديد .

وأما الذي لا يباع بالكيل ولا بالوزن كالمعدود والمذروع : فإنه لا يشتمل على ربا الفضل ، فيصح بيع البيضة بالبيضتين ، والذراع من قماش بذراعين من قماش من جنسه ، بشرط القبض .

مقياس الأموال الربوية : ويلاحظ أن ما نص الشارع على كونه كيلياً كبُر وشعير وتمر وملح ، أو وزنياً كذهب وفضة ، فإنه يظل كذلك لا يتغير أبداً ، وإن ترك الناس التعامل فيه كما كان في الماضي . وهذا رأي جمهور الحنفية ، والشافعية والحنابلة ، لقول النبي ﷺ : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والوزن وزن أهل مكة »[3] ، فلا يصح بيع الحنطة بالحنطة بوزن متساو ، ولا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة بكيل متساو ؛ لأن النص أقوى من العرف ، والأقوى لا يترك بالأدنى .

---

(١) المراد منها حبة شعير معتدل قطع من طرفيها ما دق وطال ، مع العلم بأن الدرهم يساوي خمسين حبة وخمسي حبة ($\frac{٢}{٥}$ ٥٠) أي (٢,٩٧٥ غم) .

(٢) الدر المختار : ١٨٩/٤ ، ١٩١ .

(٣) رواه أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمر ، وأخرجه أيضا البزار ، وصححه ابن حبان والدارقطني (نيل الأوطار : ١٩٨/٥) .

وقد أشرنا إلى أن أبا يوسف ذهب إلى أن المقياس المعتبر في الأموال الربوية في المنصوص عليه وغيره هو المقياس العرفي وأنه يتبدل بتبدل العرف، ورأيه أقوى حجة؛ لأن النص الذي ورد بلزوم التساوي في الربويات كيلاً أو وزناً، مراعى فيه المقياس المتعارف في عهد النبي عليه الصلاة والسلام، وإثبات العلة في المقيس على النص مما يدرك هنا بالعرف، ويؤيده أن المالكية قالوا: إذا اختلفت عوائد الناس في الكيل أو الوزن اعتبرت عادة البلد الذي تم فيه التعاقد. وأما ما لم ينص عليه الشارع فهو محمول على عادات الناس وأعرافهم في التعامل في الأسواق[1].

جيد المال ورديئه:

ويلاحظ أيضاً أن جيد مال الربا ورديئه سواء، فلا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل؛ لأن الجودة ساقطة في الأموال الربوية، للقاعدة **الشرعية**: «جيدها ورديئها سواء»[2]. والحكمة من ذلك هي ألا يؤدي مبادلة الجيد بالرديء إلى نقض ما شرعه الشارع من منع التفاضل؛ لأن الناس عادة لا يبادلون شيئاً بآخر، إذا كانا متساويين من كل الوجوه، وإنما يبادلون الجنس بجنسه لما بينهما من التفاوت، فلو أجيز لهم مبادلة شيء بآخر من جنسه لما فيه من صفة هي أجود، لم يحرم عليهم ربا الفضل، وكان تحريم مبادلة الجيد بالرديء دفعاً لشبهة الربا، وسداً للذرائع[3]. وبناء عليه حرم المالكية بيع المراطلة: وهي بيع النقد بصنفه وزناً، وكان هناك اختلاف بين الذهبين في الجودة والرداءة.

---

(١) فتح القدير: ٢٨٢/٥، الدر المختار: ١٨٩/٤، الفروق للقرافي: ٢٦٤/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٥٤، مغني المحتاج: ٢٤/٢، المغني: ١٧/٤، الأم: ٧٠/٣.

(٢) ذكرها الحنفية حديثاً، وهو غريب كما قال الزيلعي، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن المسيب عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة في مبادلة التمر الجنيب (الطيب) بتمر رديء من خيبر، وقوله عليه السلام: «لا تفعل ولكن بع هذا، واشتر بثمنه من هذا» (نصب الراية: ٣٦/٤ ـ ٣٧).

(٣) أعلام الموقعين: ١٤٣/٢، مصادر الحق للسنهوري: ٢٠٦/٣.

علة ربا النسيئة :

إن علة ربا النسيئة وهو ربا الجاهلية : هي أحد وصفي علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق ، أو الجنس المتحد[1] ، ومثاله : أن يشتري إنسان صاعاً من القمح في زمن الشتاء بصاع ونصف يدفعهما في زمن الصيف ، فإنّ « نصف الصاع » الذي زاد في الثمن ، لم يقابله شيء من المبيع ، وإنما هو في مقابل الأجل فقط ، ولذا سمي ربا النسيئة أي التأخير في أحد البدلين ، فالزيادة في أحد العوضين في مقابلة « تأخير الدفع » سواء اتحد المقدار أم اختلف . وقد كان أهل الجاهلية إذا داين الرجل منهم أخاه ، ثم حل أجل الدين ، قال له : (إما أن تَقضي أو تُربي) ، فإما قضاه ، وإما أجله وزاده شيئاً على رأس ماله ، وفي هذا إرهاق للمدين ، وإضرار به ؛ لأن الدين قد يستغرق ماله .

وعلى هذا : إذا وجد القدر المتفق وحده كالحنطة بالشعير ، أو الجنس المتحد وحده كتفاحة بتفاحتين ، أو شعير بشعير ، حرم النَّساء[2] ، ولو كان البدلان متساويين ، حتى لو باع ملحاً بملح مثله إلى أجل ، لم يجز ، لوجود اتحاد الجنس . وهكذا فإن حرمة ربا الفضل تتحقق بوصفين ، وحرمة النَّساء بأحد الوصفين .

وبما أن اتحاد الجنس كاف وحده لتحريم ربا النسيئة ، فلا يعتبر القدر هنا (وهو نصف صاع فأكثر) فلا يجوز بيع حفنة قمح بحفنتين إلى أجل ، ولا تفاحة بتفاحتين ،

---

(١) البدائع : ١٨٣/٥ ، فتح القدير : ٢٧٩/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ . والمقصود بالقدر المتفق : أن يكون البدلان من فئة واحدة : إما فئة المكيلات أو فئة الموزونات . واما الجنس المتحد فمعناه أن يكون جنس أحد البدلين من جنس الآخر كحنطة مقابل حنطة أو ذهب مقابل ذهب مثلاً .

(٢) الحكمة في أنه يجوز بيع مد حنطة بمدي شعير حالاً ولا يجوز نسيئة : هو أن البيع في الحالة الأولى لم يكن القصد منه : هو الاستغلال ، وإنما تأمين الحاجة ، وفي إلزامهم المساواة بالبيع إضرار بالناس ، وأما في الحالة الثانية فالبيع أقرب إلى القرض ، فهو مظنة لاستغلال الحاجة عند المحتاج ، وتكون الزيادة مقابل الأجل ، فيحرم النساء سداً لذريعة « إما أن تقضي وإما أن تربي » . أما اذا بيعت الحنطة مثلا بالدراهم نساء فذلك جائز لحاجة الناس إليه .

ولا بِطِّيخة ببطيختين إلى أجل ونحوها ، لاتحاد الجنس ، بخلاف ربا الفضل كما بينا .

فإذا انتفى الجنس كحفنة بر بحفنتي شعير، يحل في الأرجح البيع مطلقاً : حالاً ونسيئة ، لعدم وجود علة كل منهما . وذكر عن الإمام محمد أنه حرم ذلك كله ، وقال : كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام .

حكمة التحريم :

إن حكمة تحريم ربا النسيئة إجمالاً : هي ما فيه من إرهاق المضطرين ، والقضاء على عوامل الرفق والرحمة بالإنسان ، ونزع فضيلة التعاون والتناصر في هذه الحياة ، واستغلال القوي لحاجة الضعيف ، وإلحاق الضرر العظيم بالناس ، فإذا صارت النقود محلاً للتعامل بزيادة ربوية ، كالسلع العادية حالاً أو نسيئة ، اختل معيار تقويم الأموال الذي ينبغي أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض . وإذا جاز ربا النسيئة في المطعومات ببيع بعضها ببعض لأجل ، اندفع الناس إلى هذا البيع ، طمعاً في الربح ، فيصبح وجود الطعام حالاً عزيز المنال ، فيقع الضرر في أقوات العالم[1] .

ربا المصارف : من ربا النسيئة : ما هو معروف اليوم في المصارف أو البنوك من إعطاء مال أو قرض مال لأجل بفائدة سنوية أو شهرية كسبعة في المئة أو خمسة أو اثنين ونصف ، فهو أكل لأموال الناس بالباطل . وإن مضار الربا متحققة فيه ، فحرمته كحرمة الربا ، وإثمه كإثمه[2] ، أي أنه ربا نسيئة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ﴾ . وقد أصبح الربا في عرف الناس اليوم ، لا يطلق إلا على ربح المال عند تأخيره ، وهو ربا النسيئة الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه . وأما ربا

---

(١) القياس لابن القيم : ص ١١٤ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٤٦/٢ ، أعلام الموقعين : ١٣٧/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ١٨٩/٤ ، فتح القدير : ٢٨٦/٥ ، ٢٧٨ .

(٢) الفقه على المذاهب ، المرجع السابق : ٢٤٧ ، أصول البيوع المنوعة للأستاذ عبد السميع : ١١٨ .

الفضل فهو نـادر الحصول ، وبـه يظهر المقصود من الحـديث السـابق : «إنما الربـا في النسيئة» وهو التنبيه على خطره وكثرة وقوعه ، كما بينا سابقاً .

الجنس المتحد والمختلف : يحرم كما بينا بيع الجنس بجنسه متفـاضلين ، ويجوز التفاضل بين مختلفي الجنس عنـد الحنفيـة ، إلا في لحم الطير ، فيجوز بيع لحم الجنس الواحد منه ، كالسُّماني والعصافير متفاضلاً ، لأنه ليس مـالاً ربويـاً ، إذ لا يبـاع وزنـاً ولا كيـلاً ، لكن يستثنى لحم الـدجـاج والإوز ، لأنـه يـوزن عـادة ، فيحرم بيعـه متفاضلاً .

والضابط لاختلاف الجنس عند الحنفية : هو بحسب اختلاف الأصل كخل التمر مع خل العنب ، ولحم البقر مع لحم الضأن ، أو بـاختلاف المقصود كشعر المعز وصوف الغنم ، فإنه يختلف القصد من استعمال كل منهما في الصناعات ، أو بتبدل الصفة كالخبز مع الحنطة ، فإن الخبز صار عدديـاً أو موزونـاً ، والحنطـة مكيلـة . وعلى هـذا فتعتبر لحوم الإبل والبقر والغنم وألبانها أجناساً مختلفة ، فيجوز التفاضل فيما بينها ، والحنطـة والشعير والـذرة ونحوهـا أجنـاس مختلفـة ، والخبز مع الـدقيـق أو الحنطـة جنسـان ، والشحم مع اللحم جنسـان ، والزيت مع الزيتون ، والزيت المطبوخ بغير المطبـوخ ، جنسان لاختلاف المقصود والغرض منهما ، وهكذا حسب الضابط المذكور[1] .

أدلة الحنفية : استدل الحنفيـة على أن علـة الربـا هي الكيل أو الوزن : بـأن التساوي أو المماثلة في العوضين شرط في صحة البيع ، وحرمة الربـا لوجود فضل مـال خال عن العوض ، وهذا يوجد في غير المنصوص عليه في الحديث السابق ، مثل الجص والحديد ونحوهما . والتساوي أو المماثلـة بين الشيئين يكون بـاعتبـار الصورة والمعنى . والقـدر المتفق (وهو الكيل أو الوزن) يحقـق المماثلـة صـورة ، والجنس يحقـق المماثلـة

---

(١) فتح القدير : ٢٩٧/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٣/٤ وما بعدها .

معنى ؛ لأن المجانسة في الأموال عبارة عن تقارب المالية ، فالقفيز يماثل القفيز[١] ، والدينار يماثل الدينار ، فيكون القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة ، فكان ربا ، وهذا المعنى لا يخص المطعومات والأثمان ، بل يوجد في كل مكيل يباع بجنسه ، وموزون يبادل بمثله[٢] .

وبعبارة أخرى : إن المراد من الحنطة مثلاً في الحديث السابق هو أنها مال متقوم ، لأن البيع لا يصح إلا على مال متقوم ؛ ولا يعلم ماليتها ، إلا بالكيل ، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص ، فكأنه عليه السلام قال : الذهب الموزون بالذهب ، والحنطة المكيلة بالحنطة . وإذا كان المطلوب للتخلص من الربا هو المماثلة بين العوضين ، فإن المماثلة في الكيل أو الوزن هي طريق الخلاص من الحرام ، والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة ، فلم تكن من أموال الربا[٣] أي ربا الفضل ، لا ربا النسيئة فإنها من أموال الربا فيها .

ويلاحظ أن الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد ، وكذلك الشعير ودقيقهما ، وكذلك التمر ، والملح ، والعنب ، والزبيب ، والذهب ، والفضة ، فلا يجوز بيع كل مكيل أو موزون من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل أو الوزن ، وإن تساويا في النوع والصفة[٤] .

٢ ـ مذهب المالكية :

قال المالكية في ظاهر المذهب : علة تحريم الزيادة في الذهب والفضة هي النقدية (أي الثمنية) ، أما في الطعام : فإن العلة عندهم تختلف بين ربا النسيئة وربا الفضل .

---

(١) القفيز : مكيال ، وهو ثمانية مكاكيك والمكوك : صاع ونصف .

(٢) المبسوط : ١١٦/١٢ ، البدائع : ١٨٤/٥ ، فتح القدير : ٢٧٧/٥ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري : ١٨٠/٣ .

(٤) البدائع : ١٨٧/٥ ، المبسوط : ١٢٢/١٢ .

فالعلة في تحريم ربا النسيئة : هي مجرد المطعومية على غير وجه التداوي ، سواء وجد الاقتيات والادخار ، أو وجد الاقتيات فقط ، أو لم يوجد واحد منهما ، مثل أنواع الخضر من قثاء وبطيخ وليمون وخس وجزر ، وقلقاس ، وأنواع الفاكهة الرطبة كالتفاح والموز .

وأما العلة في تحريم ربا الفضل فهي أمران : الاقتيات والادخار ، أي أن يكون الطعام مقتاتاً أي أن الانسان يقتات به غالباً بحيث تقوم عليه بنيته ، بمعنى أنه لو اقتصر عليه يعيش بدون شيء آخر ، دون أن تفسد البنية كالحبوب كلها والتمر والزبيب واللحوم والألبان وما يصنع منها . وفي معنى الاقتيات : إصلاح القوت كملح ونحوه من التوابل والخل والبصل والثوم والزيت .

ومعنى كونه صالحاً للادخار : أنه لا يفسد بتأخيره مدة من الزمن ، لا حد لها في ظاهر المذهب ، وإنما بحسب الأمد المبتغى منه عادة في كل شيء بحسبه ، فالمرجع فيه إلى العرف دون تحديد بمدة ستة أشهر أو سنة ، كما رأى بعضهم .

ودليلهم على أن هذه هي علة تحريم الربا : هو أنه لما كان حكم التحريم معقول المعنى في الربا وهو ألا يغبن بعض الناس بعضاً ، وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش : وهي الأقوات ، كالحنطة والشعير والأرز والذرة والكِرسَنَّة والتمر والزبيب ، والبيض ، والزيت ، والبقول السبعة : وهي (العدس ، واللوبيا ، والحِمّص ، والتُرْمس ، والفول ، والجُلْبان ، والبسلة)[1] .

وأما اتفاق الجنس واختلافه فيلاحظ أن الامام مالك يعتبر القمح والشعير والسُلْت (وهو نوع من الشعير ليس له قشر) صنفاً واحداً ، وأن الذرة والدُّخن والأرز صنف واحد ، وأن القَطَاني أو البقول كالفول والعدس والحمص وشبه ذلك كلها صنف واحد ، وعلى هذا لا يجوز التفاضل بين القمح والشعير ، ويجوز بين القمح

(١) المنتقى على الموطأ : ١٥٨/٤ ، بداية المجتهد : ١٣١/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٧/٣ ، الحطاب : ٣٤٦/٤ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٥١/٢ .

والذرة . وأما اللحوم عند مالك فهي ثلاثة أصناف : فلحم ذوات الأربع صنف ، ولحم الطيور صنف ، ولحم الحيتان صنف[1] .

٣ ـ مذهب الشافعية :

قال الشافعية : العلة في الذهب والفضة : هي النقدية أو الثمنية ، أي كونها أثماناً للأشياء ، سواء أكانا مضروبين ، أم غير مضروبين (مسكوكين) ، ولا أثر لقيمة الصنعة في الذهب والفضة ، فلو اشترى رجل بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير، اعتبرت المماثلة في الكمية ، ولا نظر إلى القيمة . والمقصود بعلة الربا في الذهب والفضة على المعتمر هو جنسية الأثمان غالباً ، وهي منتفية عن الفلوس (وهي القروش وغيرها المصنوعة من معادن غير الذهب والفضة كالنيكل والبرونز والنحاس) وغيرها من سائر عروض التجارة ، لا أنها قيم الأشياء ؛ لأن الأواني والتبر والحلي يجري فيها الربا وليس مما يقوم بها ، واحترز بغالباً : عن الفلوس إذا راجت فإنه لا ربا فيها . ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك ، حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً ، قيمته أضعاف الدنانير ، اعتبرت المماثلة ، ولا نظر إلى القيمة .

وبما أن الفلوس ومنها النقود الورقية الحالية أصبحت هي أثمان الأشياء غالباً ، فإني أرى جريان الربا فيها ، وهو الموافق لمذهب الحنفية .

وأما العلة في الأصناف الأربعة الباقية ، فهي الطعمية ـ بضم الطاء ، أي كونها مطعومة . والمطعوم يشمل أموراً ثلاثة :

أحدها : ما قصد للطعم والقوت كالبُر والشعير، فإن المقصود منهما التقوت أي الأكل غالباً ، ويلحق بهما ما في معناهما كالفول والأُرُزّ والذرة والحمص والترمس ونحوها من الحبوب التي تجب فيها الزكاة .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٥٣ .

ثانيها : أن يقصد به التفكه ، وقد نص الحديث على التمر ، فيلحق به ما في معناه ، كالزبيب والتين .

ثالثها : أن يقصد به إصلاح الطعام والبدن : أي للتداوي . وقد نص الحديث على الملح ، فيلحق به ما في معناه من الأدوية القديمة كالسنامكي والسقمونيا والزنجبيل ، ونحوها من العقاقير المتجانسة كالحبة اليابسة .

وعلى هذا فلا فرق بين ما يصلح الغذاء أو يصلح البدن ، فإن الأغذية لحفظ الصحة ، والأدوية لرد الصحة . وبه يكون المطعوم : كل ما قصد للطُعم (أي الأكل غالباً) اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً . وتكون علة الربا عند الشافعية هي : الطعم أو النقدية ؛ أما ما ليس بطعم كالجبس أو الحديد ، فإنه يصح بيعه بجنسه متفاضلاً ، كعروض التجارة ، لأنها أي المذكورة كلها ليست أثماناً .

ودليلهم : أن الحكم إذا علق باسم مشتق دلّ على أن المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم ، مثل قوله سبحانه : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ففهم أن السرقة هي علة قطع اليد ، وإذا كان هذا هو المقرر ، فقد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل »[1] فتبين أن الطُّعم هو علة الحكم ، لأن الطعام مشتق من الطعم ، فهو يعم المطعومات ، وهذا وصف مناسب ، لأنه ينبئ عن زيادة الخطر (أي الأهمية) في الأشياء الأربعة التي نص عليها الحديث ؛ لأن حياة النفوس بالطعام . وكذلك الثمنية معنى مناسب ، لأنه ينبئ عن زيادة خطر ، وهو شدة الحاجة إلى النقدين (الذهب والفضة) أو ما يقوم مقامها من النقود الورقية ، وفقاً للتخريج والتصحيح الذي رأيته ، خلافاً للمعتمد في المذهب الشافعي في العرف الماضي .

أما القدر الذي قال به الحنفية ، فلا ينبئ عن زيادة خطر في الأشياء .

(١) رواه مسلم وأحمد عن معمر بن عبد الله (راجع نصب الراية : ٣٧/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٣٥ ، نيل الأوطار : ١٩٣/٥) .

وعلى هذا : إذا بيع الطعام بالطعام أو النقد بالنقد ، حالة اتحاد الجنس كحنطة بحنطة ، وفضة بفضة ، مضروبين كانا أو غير مضروبين كالحلي والتبر ، اشترط في صحة البيع ثلاثة أمور : الحلول « بأن لا يذكر في العقد أجل مطلقاً » والمماثلة يقيناً بحسب المعيار الشرعي « وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن ، بحسب عادة أهل الحجاز في عهد الرسول عليه السلام ، وفي غير ذلك تعتبر عادة بلد البيع حالة البيع » والتقابض « أي القبض الحقيقي للعوضين مطلقاً » قبل التفرق من المجلس . واشتراط التقابض زيادة عما اشترطه الحنفية من المساواة في العينية أي تعيين كل من البدلين ، سواء في حالة اتفاق الجنس أو اختلاف الجنس ، لقوله عليه السلام « يداً بيد » في كل من الحالتين .

فإذا اختلف الجنس كحنطة وشعير جاز التفاضل ، ويشترط الحلول والتقابض قبل التفرق . قال ﷺ فيما رواه مسلم : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبُرّ بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواءً بسواء ، يداً بيد ؛ فإذا اختلفت هذه الأجناس ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » أي مقابضة ، ويؤخذ من ذلك اشتراط الحلول . فإذا بيع الطعام بغيره كنقد أو ثوب ، أو غير الطعام بغير الطعام ، وليسا نقدين ، كحيوان بحيوان ، لم يشترط شيء من الشروط الثلاثة السابقة ، أي فلا ربا فيه . والسبب في أنه لا ربا في الحيوان مطلقاً : هو أنه لا يعد للأكل على هيئته ، وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما بعيراً ببعيرين بأمره ﷺ(١) .

اتحاد الجنس واختلافه : كل شيئين متفقين في الاسم الخاص من أصل الخلقة كتمر وتين من نوعين ، أو متحدين في أصلها كدقيق من حنطتين : هما جنس واحد عند الشافعية ، وكل شيئين مختلفين في الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر

(١) مغني المحتاج : ٢٢/٢ ـ ٢٥ ، حاشية قليوبي وعميرة : ١٦٧/٢ وما بعدها ، حاشية الشرقاوي : ٣٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٧٢/١ .

والزبيب ، أو متخذين من أصلين مختلفين كأدقة الأصول المختلفة الجنس وخلولها وأدهانها واللحوم والألبان ، هما جنسان مختلفان .

وعلى هذا فدقيق البر ودقيق الشعير، وخل التمر وخل العنب ، ولحم البقر ولحم الضأن ، ودهن الجوز ودهن اللوز، ولبن البقر ولبن الضأن ، والإنسي من البقر والوحش ، هما جنسان مختلفان يجوز بيعهما مع التفاضل ، وبيوض الطيور أجناس ، والكبد والطحال والقلب والكرش والرئة والمخ : أجناس ، وإن كانت من حيوان واحد لاختلاف أسمائها وصفاتها ، وشحم الظهر والبطن واللسان والرأس والأكارع : أجناس ، والبطيخ الأصفر والأخضر والخيار والقثاء : أجناس ، وأما الطيور: فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس ، والبطوط جنس ، وأنواع الحمام جنس واحد على الأصح[(١)] .

٤ ـ مذهب الحنابلة :

في هذا المذهب ثلاث روايات بالنسبة لعلة الربا : أشهرها مثل مذهب الحنفية : وهي أن الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس هو علة الربا ، فيجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كالحبوب والأشنان والنُّورة والقطن والكتان والصوف والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحوها ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا الدينار، بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين ، ولا الصاع بالصاعين ، فإني أخاف عليكم الرِّماء » (والرماء : هو الربا) فقام إليه رجل فقال : « يا رسول الله ، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالإبل ؟ فقال : لا بأس إذا كان يداً بيد »[(٢)]

---

(١) مغني المحتاج : ٢٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٧٢/١ .

(٢) رواه أحمد والطبراني في الكبير بنحوه ، قال الهيثمي : وفيه أبو جناب وهو ثقة ولكنه مدلس (راجع جامع الأصول : ٤٦٩/١ ، مجمع الزوائد : ١١٣/٤ ، نصب الراية : ٥٦/٤) .

وروى أنس أن النبي ﷺ قال : « ما وزن مثلا بمثل ، اذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل فمثل ذلك ، فاذا اختلف النوعان ، فلا بأس به »[١] .

الا أن الحنابلة خلافاً للحنفية قالوا : يحرم ربا الفضل في كل مكيل أو موزون بجنسه ، ولو كان قليلاً كتمرة بتمرة ، وما دون الأرزة من نقد « ذهب أو فضة » ، لا في ماء ، ولا فيما لا يوزن عرفاً : لصناعته من غير ذهب أو فضة ، كمعمول من نحاس أو حديد أو قطن ونحوه .

والرواية الثانية : كمذهب الشافعية .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة : كونه مطعوماً إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والسفرجل والإجاص والخيار والجوز والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأُشنان والحديد والرصاص ونحوه . وهذا قول سعيد بن المسيب كما قدمنا[٢] . ودليله قوله عليه السلام : « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب »[٣] .

اتحاد الجنس واختلافه : مذهب الحنابلة في هذا الموضوع مثل مذهب الشافعية. فإنهم قالوا[٤] : كل نوعين اجتمعا في اسم خاص ، فهما جنس واحد كأنواع التمر ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وإن اختلفت الأنواع ، لقوله ﷺ : « التمر بالتمر مثلاً بمثل » فاعتبر المساواة في جنس التمر ، ثم قال : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « فإذا اختلف الجنسان .. » وفي لفظ « إلا ما اختلفت ألوانه » .

---

(١) رواه الدارقطني عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك (راجع نيل الأوطار : ١٩٣/٥) .

(٢) المغني : ٣/٤ ـ ٥ ، أعلام الموقعين : ١٣٦/٢ وما بعدها ، غاية المنتهي : ٥٤/٢ .

(٣) رواه الدارقطني في سننه عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا ربا إلا في ذهب أو فضة ، أو ما يكال ، أو يوزن ، أو يؤكل ، أو يشرب » وهو حديث مرسل . ورواه البيهقي موقوفاً على ابن المسيب (انظر نصب الراية : ٣٦/٤) .

(٤) راجع المغني : ٢٠/٤ ، غاية المنتهى : ٥٥/٢ .

فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين، فهما جنسان، أي أن كل شيئين أصلهما واحد، فهما جنس واحد، وإن اختلفت مقاصدهما خلافاً للحنفية.

وعلى هذا فالتمور كلها جنس واحد؛ لأن الاسم الخاص يجمعها، ودهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين المأخوذ من أصل واحد وهو الزيت أو الشيرج: جنس واحد[1]، والأدقة والأخباز والخلول والأدهان واللحم واللبن والجبن والسَمْن وعصير الأشياء المختلفة، كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها، ودقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان، وكذا أنواع الزيوت من الزيتون والقطن، والأدهان من السمك والشَّيْرج والبزر ونحوها: أجناس مختلفة.

٥ ـ مذهب الظاهرية:

قال الظاهرية وأبو بكر بن الطيب: الربا غير معلل، وهو مخصص بالمنصوص عليه فقط[2]، وذلك لأنهم ينكرون القياس، وقد بين الشارع أن الربا يجري في الأصناف الستة، فيبقى ما عداها على الأصل وهو الإباحة.

والخلاصة: أن العلة في تحريم التفاضل في الطعام عند الحنفية والحنبلية الكيل والوزن، وعند مالك الاقتيات والادخار، وعند الشافعي: الطعمية.

وأما جواز الزيادة في غير النقدين والمطعومات عند المالكية والشافعية أو غير المكيل والموزون عند الحنفية والحنابلة فلأنها لا تمس حياة الناس الضرورية، سواء في أقواتهم أم في نشاطهم الاقتصادي، إذ أن الطمع في الربح لا يؤدي إلى إلحاق الضرر الكبير بهم.

---

(١) أما عند الحنفية: دهن البنفسج ودهن الورد، وإن كان أصلهما واحداً لكن المقصود منهما مختلف، فهما جنسان، فيجوز بيع أحدهما بالآخر مع التفاضل بينهما، كالزيت مع الزيتون، والشيرج مع السمسم، والزيت المطبوخ بغير المطبوخ، يجوز التفاضل بينهما وزناً لاختلاف أجناسها، فلو اتحد الجنس لم يجز متفاضلاً (الدر المختار: ١٩٤/٤).

(٢) راجع المحلى لابن حزم: ٤٦٨/٨.

ترجيح :

قال ابن رشد المالكي : ولكن إذا تؤمل من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علة الحنفية أولى العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا : إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي ، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات ، جعل الدينار والدرهم لتقويمها «أعني تقديرها» ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات «أعني غير الموزونة والمكيلة كالثياب» : العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه كنسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه . فإذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة ، والعدل في المكيلات والموزونات إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن[1] . إلا أن هذا الرأي وسع كثيراً من نطاق دائرة الربا باجتهاد لا يؤيده العقل والنقل .

وقد رجح ابن القيم مذهب الإمام مالك في أن علة الربا هي القوت والادخار فيما يتعلق بغير النقدين . وأما النقدان فالعلة فيهما الثمنية كما قال الشافعية ، إذ لو كان النحاس والحديد ربَويين لم يجز بيعهما إلى أجل بدراهم نقداً ، فإن ما يجري فيه الربا إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النَّساء أي التأخير.

وأيضاً فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض ، حتى لا تفسد معاملات الناس ، ويقع الاختلاف ، ويشتد الضرر ، فلا تكون الدراهم والدنانير مجالاً صالحاً للتجارة[2] .

ورجح الأستاذ السنهوري مذهب الشافعي في علة الربا ، لأنه نظر إلى اعتبار

---

(١) بداية المجتهد : ١٣١/٢ .

(٢) أعلام الموقعين : ١٣٧/٢ .

اجتماعي اقتصادي ، فنفذ بذلك إلى لب الموضوع ووقف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده . أما اعتبار الحنفية فهو اعتبار منطقي أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر[1] .

أصول الربا : قال ابن رشد : أصول الربا خمسة : أنظرني أزدك ، والتفاضل ، والنَّسَاء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، وبما أنه عرفنا هذه الأصول ما عدا قاعدتين فقد وجدنا ضرورة لشرحهما .

قاعدة «أنظرني أزدك» : حرام باتفاق العلماء : وهي : أن يكون للرجل دين عند آخر، فيؤخره به على أن يزيده في قدر الدين ، وذلك كان ربا الجاهلية ، سواء أكان الدين طعاماً أم نقداً ، وسواء أكان من سلف أم بيع أم غيرهما . ووسيلة ذلك أن يبيع الدائن للمدين سلعة بثمن مؤجل إلى وقت معين يشتمل الثمن على زيادة عن الثمن النقدي .

قاعدة «ضع وتعجل» : حرام أيضاً عند أئمة المذاهب الأربعة ؛ لأن نقص ما في الذمة لتعجيل الدفع شبيه بالزيادة ؛ لأن المعطي جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه .

ومعنى القاعدة : أن يكون لشخص على آخر دين لم يحل ، فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه . ومثل ذلك أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه نقداً وبعضه عرضاً[2] . ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق ، ويجوز أن يعطيه في دينه المؤجل عرضاً قبل الأجل وإن كانت قيمته أقل من دينه[3] .

---

(١) مصادر الحق : ١٨٤/٣ .

(٢) النقد : الذهب والفضة أو ما يحل محلها من الأوراق النقدية ، والعرض ما سوى ذلك من السلع والأمتعة .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٥٢ ، ٢٨٩ ، بداية المجتهد : ١٢٧/٢ ، ١٤٢ ، أعلام الموقعين : ١٣٥/٢ ، الربا والمعاملات في الإسلام للشيخ رشيد رضا : ص ٧٠ .

المطلب الرابع ـ ما يترتب على الاختلاف في علة الربا

يترتب على الاختلاف في علة الربا بين الحنفية والشافعية أمور كثيرة، منها ما يتعلق بربا الفضل، ومنها ما يتعلق بربا النسيئة.

أما **ما يتعلق بربا الفضل**، فيظهر أثر الخلاف فيما يأتي:

١ ـ في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر: أي « غير مكيل ولا موزون »، كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها، أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين أو أكثر ونحو ذلك، يجوز هذا عند الحنفية لعدم العلة: وهي القَدْر، إذ لا تقدير في الشرع بأقل من نصف صاع بالنسبة للمكيلات، وأما في الموزون: وهو الذهب والفضة، فلا تقدير بما دون الحبة، إذ لا قيمة له[1].

ولا يجوز ذلك عند الشافعية لوجود علة الربا عندهم وهي الطُّعم؛ لأن الأصل عندهم هو تحريم بيع المطعومين ببعضهما، أخذاً من حديث: « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » والمساواة بين المطعومين في البيع مُخَلِّص من الحرمة، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة، لأنها هي الأصل، فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما.

والتعليل بالقدر عند الحنفية يقتضي تخصيص نص الحديث السابق: « البر بالبر مثلاً بمثل... »[2] فيجوز عندهم بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما.

٢ ـ في بيع مقدَّر بمقدَّر غير مطعوم: أي بيع مكيل بجنسه غير مطعوم، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا نقد، كبيع قفيز جص بقفيزي جص، أو رطل حديد برطلين منه ونحوهما.

فلا يجوز ذلك عند الحنفية لوجود علة الربا، وهي الكيل مع الجنس في بيع

---

(١) المبسوط: ١١٤/١٢، فتح القدير: ٢٧٨/٥ وما بعدها، البدائع: ١٨٥/٥، رد المحتار: ١٨٨/٤.

(٢) فتح القدير: ٢٧٦/٥.

الجص ، أو الوزن مع الجنس في بيع الحديد[١] .

ويجوز ذلك عند الشافعية لعدم وجود علة الربا ، وهي الطُّعم أو الثمنية . واتفق الحنفية مع الشافعية على أنه لو باع قفيز[٢] أرز بقفيزي أرز لا يجوز ، لوجود الكيل مع الجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم مع الجنس عند الشافعية .

واتفقوا أيضاً على أنه إذا باع رطل زعفران[٣] برطلين منه ، أو رطل سكر برطلين من السكر : لا يجوز لوجود الوزن والجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم والجنس عند الشافعية .

واختلف الفقهاء فيما يتعلق **بشرط الجنس** في بعض النواحي المتعلقة بتحققه ، منها ما يأتي :

١ً - بيع الدقيق بمثله أو بالحب :

قال الحنفية : لا يصح بيع الدقيق المأخوذ من جنس بجنسه ، فلا يصح بيع الدقيق المأخوذ من القمح بالقمح ، وكذا المأخوذ من الذرة بالذرة وهكذا ، سواء أكانا متساويين أم لا ؛ لأن التساوي في مثل ذلك غير محقق .

أما بيع الدقيق المأخوذ من جنس بغير جنسه ، فإنه يصح كالدقيق المأخوذ من القمح إذا بيع بالشعير ، فإنه يصح ، لاختلاف الجنس متى كان يداً بيد .

وأما بيع الدقيق بالدقيق المتحد الجنس ، فإنه يجوز بشرط التساوي في الكيل والنعومة والخشونة .

---

(١) المبسوط : ١١٤/١٢ ، البدائع : ١٨٥/٥ ، فتح القدير : ٢٧٩/٥ ، الدر المختار : ١٨٨/٤ .

(٢) القفيز مكيال يبلغ حوالي ٢٧,٨١٧ كيلو غراماً ، والجريب : مكيال قدره أربعة أقفزة . والقفيز في المساحة من الأرض عشر الجريب ، والجريب عشرة آلاف ذراع .

(٣) الزعفران غير العصفر . فالأول من نبات أصفر الزهر له أصل كالبصل . والثاني من نبات معروف له زهر برتقالي في وعاء له شوك ناعم .

ويجوز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق وبالعكس متساوياً ومتفاضلاً ؛ لأن الخبز صار بالصنعة جنساً مختلفاً مع الحنطة ، حتى خرج من أن يكون مكيلاً ، والحنطة والدقيق مكيلان ، فلم يجمع بين الخبز والحنطة أو الدقيق القدر ولا الجنس ، فجاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة ، ولا يشترط فيه التقابض ، وإنما يشترط التعيين[1] .

وقال المالكية : لا يصح بيع الحب والدقيق ، أحدهما بالآخر ، إلا مثلاً بمثل بدون زيادة ، فلو باع قمحاً بدقيق مأخوذ منه ، فإنه يصح إذا كانا متساويين بالوزن .

فإذا اختلف الجنس ، كأن باع دقيقاً من الذرة بحب من القمح ، فإنه يصح بيعه متفاضلاً بشرط التقابض في المجلس .

وكذلك يصح بيع الخبز بالحنطة ؛ لأن صنعة الخبز جعلته جنساً منفرداً .

وأما بيع الدقيق بمثله فلا يصح مطلقاً[2] .

وقال الشافعية : لا يصح بيع دقيق بجنسه ، فلا يصح بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة مثلاً ، لانتفاء المماثلة اليقينية بينهما ، بسبب النعومة الطارئة عليه ، إذ قد يكون أحد البدلين أنعم من الآخر ، فلا ينكبس في الكيل .

وكذلك لا يصح بيع دقيق الحنطة بحب الحنطة ، كما لا يصح بيع الخبز بهما ، ويصح بيع الخبز ببعضه ، والدقيق ببعضه ، إذا اختلف الجنسان ، كأن يكون خبز قمح بخبز شعير أو دقيق قمح بدقيق ذرة ، لاختلاف الجنس[3] .

وقال الحنابلة : لا يصح بيع الدقيق بالحب المأخوذ منه مطلقاً ، لأنه يشترط

(١) البدائع : ١٨٩/٥ ، فتح القدير : ٢٨٨/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٤/٤ وما بعدها ، الفقه على المذاهب : ٢٥٤/٢ .

(٢) بداية المجتهد : ١٣٦/٢ ، حاشية الدسوقي : ٥٣/٣ ، الفقه على المذاهب : ٢٥٣/٢ .

(٣) المهذب : ٢٧١/١ ، مغني المحتاج : ٢٣/٢ ، الفقه على المذاهب ، ٢٥٥/٢ .

التساوي في بيع الجنس الواحد ببعضه ، ولا يصح بيع الخبز بالحب المأخوذ منه ، كما لا يصح بيعه بدقيقه .

وأما بيع الدقيق بمثله من نفس الجنس ، فإنه يجوز كيلاً كما يقول الحنفية ، بشرط التساوي في النعومة[١] .

والخلاصة : أن في بيع الدقيق بمثله رأيين :

رأي يجيز ذلك : وهم الحنفية والحنابلة .

ورأي لا يجيز ذلك : وهم المالكية والشافعية .

٢ - بيع الحيوان بلحم :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، لأنه بيع ماهو موزون بما ليس بموزون ، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين[٢] .

وقال الأئمة الثلاثة غير الحنفية : لا يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، فلا يجوز بيع شاة مذبوحة بشاة حية يقصد منها الأكل[٣] لما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم[٤] وروي عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع حي بميت[٥] ؛ ولأن اللحم نوع فيه الربا ، بيع بأصله الذي فيه منه ، فلم يجز كبيع

---

(١) المغني : ٢٤/٤ ، الفقه على المذاهب : ٢٥٥/٢ .

(٢) فتح القدير : ٢٩٠/٥ ، الدر المختار : ١٩٢/٤ ، البدائع : ١٨٩/٥ .

(٣) بداية المجتهد : ١٣٦/٢ ، حاشية الدسوقي : ٥٤/٣ ، المهذب : ٢٧٢/١ ، مغني المحتاج : ٢٩/٢ ، المغني : ٣٢/٤ ، أعلام الموقعين : ١٤٥/٢ .

(٤) رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرسلاً ، وله شواهد عن ابن عمر عند البزار ، وعن الحسن عن سمرة عند الحاكم والبيهقي وابن خزيمة وله لفظ آخر : « نهى عن بيع الحي بالميت » قال في نيل الأوطار : ٢٠٣/٥ : « ولا يخفى أن الحديث ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه » (راجع جامع الأصول : ٤١٣/١ ، نصب الراية : ٣٩/٤) .

(٥) رواه البيهقي عن رجل من أهل المدينة ، قال البيهقي : وهذا مرسل يؤكد مرسل ابن المسيب أي الحديث السابق (راجع نصب الراية : ٣٩/٤) .

السِّمسِم بالشَّيْرَج ، للجهل بالمماثلة فيما تطلب فيه المماثلة ، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة[1] .

وأما ما يترتب على الاختلاف في ربا النسيئة بين الشافعية والحنفية فيظهر فيما يأتي :

أولاً ـ بعض الخلافات ترجع إلى أصل الخلاف في علة الربا التي هي عند الحنفية كما عرفنا الكيل أو الوزن ، وعند الشافعية : الطعم .

إذا باع شخص قفيز حنطة بقفيز شعير نسيئة مؤجلة ، أو ديناً موصوفاً في الذمة غير مؤجل[2] : لا يجوز بالاتفاق ، لوجود علة ربا النسيئة : وهي أحد وصفي علة ربا الفضل وهو هنا الكيل عند الحنفية ، والطعم عند الشافعية .

وتظهر ثمرة الخلاف في حالتين :

١ ـ في بيع غير المطعوم : إذا باع قفيز جص بقفيز نورة[3] مؤجلاً عن طريق السَّلَم ، أو غير مؤجل عن طريق البيع ديناً في الذمة : لا يجوز عند الحنفية لوجود الكيل ، وعند الشافعية : يجوز لعدم الطعم .

ولو أسلم رطل حديد برطلي حديد : لا يجوز عند الحنفية لوجود الوزن المتفق لكونهما موزونين ، وعند الشافعية يجوز لعدم الطعم أو الثمنية .

ولو باع رطل سكر برطل زعفران ديناً في الذمة : لا يجوز بالاتفاق لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل ، وهو هنا الوزن المتفق عند الحنفية ، ولوجود الطعم عند الشافعية .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول : ص٧١ .

(٢) أي أن الثمن شيء غير معين ، فيحصل الربا ، لأن العين خير من الدين ، لأن الدين قد يختلف عن الوصف وقد لا يقوم الملتزم بشيء بتسليم ما يجب عليه .

(٣) النورة : حجر الكلس ، ثم غلب على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره ، ويستعمل لإزالة الشعر .

أما لو أسلم الدراهم أو الدنانير في زعفران ، أو في قطن أو حديد : فإنه يجوز بالاتفاق لانعدام علة الربا : وهي القدر المتفق أو الجنس المتحد . أما المجانسة فغير متحققة كما هو واضح ، وأما القدر المتفق فغير متحقق أيضاً ؛ لأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، فإن الدراهم توزن بالمثقال ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان ، فلم يتحقق القدر ، فلم توجد العلة ، فلا يتحقق الربا .

ولو أسلم نُقرة[1] فضة في نقرة ذهب ، أو تبر ذهب في نقرة فضة ، أو المصوغ من أحدهما في ذهب أو فضة : لا يجوز بالاتفاق لوجود الوزن المتفق عند الحنفية ، فإنهما يوزنان بالمثاقيل[2] ، ولوجود الثمنية عند الشافعية ، لأنهما أصل الأثمان .

٢ ـ في بيع المطعوم بالمطعوم من قدر مختلف :

لو أسلم الحنطة في الزيت : جاز عند الحنفية ؛ لأن أحدهما مكيل والآخر موزون ، فكانا مختلفين قدراً . وعند الشافعية : لا يجوز لوجود الطعم[3] .

ثانياً ـ بعض الخلافات ترجع إلى الخلاف في الجنس وحده : هل هو علة أم لا ؟ :

سبقت الإشارة إلى أن الجنس وحده يصلح علة لربا النَسيئة عند الحنفية ؛ لأن علة الربا هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس ، وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا تتم العلة إلا بهما ، فيكون لكل منهما شبهة العلية ، وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم ، أي أن الجنس ركن في العلة ، لا مجرد شرط .

وعند الإمام الشافعي : الجنس بانفراده لا يصلح علة لتحريم ربا النسيئة ؛ لأن

---

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الفضة أو الذهب .

(٢) المثقال : درهم وثلاثة أسباع الدرهم وهو (٢٤) قيراطاً ، ويساوي (٤،٨٠ غم) .

(٣) انظر البدائع : ١٨٦/٥ وما بعدها .

الجنس محل التحريم أو هو شرط فقط في علة الربا ، والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الإحصان ، والسبب فيه : أن العلة هي اسم لوصف مناسب للحكم ، فيعلل الحكم بعلة تناسب المقصود منه ، وهي الطعم لبقاء الإنسان به ، والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط مصالح الناس بها ، ولا أثر للجنسية ، فجعل شرطاً[1] .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

لا يجوز إسلاف الجوز في الجوز ، والبيض في البيض ، والتفاح في التفاح ، والحفنة في الحفنة بالاتفاق لوجود الجنس عند الحنفية ، ولوجود الطُّعم عند الشافعي .

ولا يجوز إسلاف الثوب الهَرَوي مثلاً في الثوب الهروي عند الحنفية لوجود الجنس . وعند الشافعي : يجوز ؛ لأن الجنس عنده لا يكفي وحده لتحريم الربا .

ويجوز أن يسلم ثوباً هروياً في ثوب مَرْوي بالاتفاق ، لعدم وجود الجنس عند الحنفية ، ولعدم وجود الطعم أو الثمنية عند الشافعية .

ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عند الحنفية لوجود الجنس . وعند الشافعية : لا يجوز أيضاً لوجود الثمنية .

والسبب في أن الجنس وحده يحرم الربا عند الحنفية ، كما في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أي إلى أجل : هو أن عقد البيع يقتضي المساواة في البدلين ، ولا مساواة بين المدفوع حالاً ، والمدفوع نسيئة ؛ لأن العين خير من الدين ، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل ، وهذا المعنى كما هو موجود في المطعومات والأثمان أي (النقود) موجود في غيرهما . يؤكده قوله عليه السلام : « لا ربا إلا في النسيئة » وقوله ﷺ :

---

(١) فتح القدير : ٢٧٦/٥ ، ٢٨٠ ، المبسوط : ١٢٢/١٢ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص٧٥ ، المهذب : ٢٧١/١ وما بعدها .

« إنما الربا في النسيئة »[1] والنص مطلق لم يفرق بين المطعوم والأثمان وغيرهما، فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الإطلاق[2] لتحقق علة الربا عندهم: وهي اتفاق الجنس.

وقال مالك: لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أي إلى أجل فيما تشابهت منافعه كشاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل. ويجوز فيما اختلفت منافعه، كبيع البعير النجيب ببعيرين للحمولة[3]، وعمدته في حالة المنع سد الذريعة إلى الربا.

أما الشافعية فقالوا: كل ماسوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه الربا، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ونسيئة، ويجوز فيه التفرق قبل التقابض، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: « أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً فنفدت الإبل، فأمرني أن آخذ على قلاص[4] الصدقة، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة »[5].

وعن علي كرم الله وجهه أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً[6]. وباع ابن عمر

---

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي، فهو حديث صحيح، وله ألفاظ منها « الربا في النسيئة » وفي رواية « إنما الربا في النسيئة » وفي رواية « لا ربا فيما كان يداً بيد » قال البيهقي: يحتمل أن الراوي اختصره، فيكون النبي ﷺ سئل عن الربا في صنفين مختلفين: ذهب بفضة، أو تمر بحنطة، فقال « إنما الربا في النسيئة » فأداه الراوي دون ذكر سؤال السائل (راجع جامع الأصول: ٤٦٩/١، نصب الراية: ٣٧/٤).

(٢) البدائع: ١٨٧/٥.

(٣) بداية المجتهد: ١٣٢/٢.

(٤) القلاص جمع قلوص وهي من الإبل: الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء.

(٥) أخرجه أحمد وأبو داود والدارقطني بمعناه والحاكم في المستدرك، وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وضعفه بعضهم بمحمد بن إسحق إلا أن الحافظ ابن حجر قوّى إسناده، ورواه البيهقي في سننه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (راجع نصب الراية: ٤٧/٤، نيل الأوطار: ٣٠٤/٥، جامع الأصول: ٤٧٣/١).

(٦) رواه الامام مالك في الموطأ (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك: ١٤٨/٢، جامع الأصول: ٤٧٤/١).

رضي الله عنهما بعيراً بأربعة أبعرة[1] ونحو ذلك كثير[2] .

وأصح الروايات الأربعة عن الإمام أحمد[3] مثل الشافعية أي جواز بيع الحيوان بجنسه أو بغيره متساوياً ومتفاضلاً ، واتفق الأئمة على بيع الحيوان بالحيوان متفاضلاً إذا كان يداً بيد أي كان البيع حالاً ، غير مؤجل .

وبعد : فإن ربا النسيئة الجاهلي محرم لذاته منعاً من إلحاق غبن كبير بأحد الطرفين ، نتيجة للتقلبات المفاجئة في أسعار السلع بسبب أو آخر ، وللقضاء على استغلال عجز المدين عن وفاء الدين . وربا الفضل محرم سداً للذريعة أي منعاً من التوصل به إلى ربا النسيئة ، وما حرم لذاته لا يباح إلا للضرورة كالميتة والدم ولحم الخنزير ، وما حرم سداً للذريعة أبيح للحاجة إليه وللمصلحة الراجحة على المفسدة[4] ، والمسلم وحده يمكن أن يقدر الضرورة أو الحاجة المحدقة به .

ويمكن القول بأن تحريم ربا الفضل ليس لكونه مجرد وسيلة إلى ربا النسيئة ، وإنما هو ربا حقيقي ، لقول النبي ﷺ لبلال : « عين الربا » حينما باع صاعين من تمر رديء بصاع من تمر جيد هو التمر البرني . وذلك لأنه يعتمد تارة على استغلال جهل الناس بأصناف الأنواع ، وتارة يعتمد على استغلال حاجتهم إلى نوع معين .

(١) أخرجه الموطأ والبخاري عن عبد الله بن عمر (المرجعان السابقان) .

(٢) المهذب : ٢٧١/١ .

(٣) المغني : ٤ / ١١ وما بعدها .

(٤) راجع كتاب « الربا والمعاملات في الإسلام » للسيد رشيد رضا : ص٩٧ ، ٩٩ ، ومقدمته : ص٥ للأستاذ بهجت البيطار ، وراجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف لمعرفة الفرق بين الضرورة والحاجة .

- ٦ -

بيوع الأمانة

المرابحة والتولية والوضيعة

أشرنا سابقاً إلى أن البيع ينقسم من ناحية البدل إلى خمسة أقسام :

١ - بيع المساومة : هو البيع بأي ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول الذي اشترى به الشيء ، وهو البيع المعتاد .

٢ - بيع المرابحة : هو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح . وصورة المرابحة كما ذكر المالكية : هي أن يعرِّف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ، ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة مثل أن يقول : اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين ، وإما على التفصيل وهو أن يقول : تربحني درهماً لكل دينار ، أو نحوه[١] ، أي إما بمقدار مقطوع محدد ، وإما بنسبة عشرية .

٣ - بيع التولية : هو البيع بمثل الثمن الأول أي برأس المال من غير زيادة ربح ، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع .

٤ - بيع الإشراك : هو كبيع التولية ، إلا أنه بيع بعض المبيع ببعض الثمن .

٥ - بيع الوضيعة : هو بيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم منه[٢] .

---

(١) راجع القوانين الفقهية لابن جزي : ص٢٦٣ .

(٢) انظر درر الحكام : ١٨٠/٢ .

بيع المرابحة

خطة الموضوع :

نفصل الكلام عن المرابحة في المطالب الآتية :

المطلب الأول ـ شرائط المرابحة .

المطلب الثاني ـ رأس المال وما يلحق به وما لا يلحق .

المطلب الثالث ـ ما يجب بيانه في المرابحة .

المطلب الرابع ـ حكم الخيانة إذا ظهرت .

ويلاحظ أن الكلام في هذه المطالب يتناول حكم غير المرابحة : وهي التولية ، والإشراك ، والوضيعة .

المطلب الأول ـ شرائط المرابحة

يشترط في المرابحة شروط هي ما يأتي[1] :

١ ـ العلم بالثمن الأول : يشترط أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن العلم بالثمن شرط في صحة البيوع . وهذا الشرط يشمل جميع أخوات المرابحة من التولية والإشراك والوضيعة ؛ لأنها تعتمد كلها على أساس الثمن الأول أي رأس المال ، فإذا لم يعلم الثمن الأول فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس ، فلو لم يعلم حتى افترق العاقدان عن المجلس ، بطل العقد لتقرر الفساد .

٢ ـ العلم بالربح : ينبغي أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن ، والعلم بالثمن شرط في صحة البيوع .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢ .

٣ ـ أن يكون رأس المال من المثليات: كالمكيلات، والموزونات والعدديات المتقاربة، وهذا شرط في المرابحة والتولية، سواء تم البيع مع البائع الأول، أو مع غيره، وسواء أكان الربح من جنس الثمن الأول، أم لم يكن بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً، كدرهم ونحوه. فإن كان مما لا مثل له كالعروض[1] لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس العرض في ملكه؛ لأن المرابحة والتولية بيع بمثل الثمن الأول، مع زيادة ربح عليه في المرابحة.

وعلى هذا إذا كان الثمن الأول غير مثلي كأن يكون من الأعداد المتفاوتة كالدور والثياب والرمان، والبطيخ، ونحوها، فإما أن يبيعه ممن في يده وملكه أو من غيره.

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده، لم يجز، لأنه لا يمكن بيعه مرابحة بالعرض عينه؛ إذ أنه ليس في يده ولا ملكه، ولا بيعه منه بقيمته؛ لأن قيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن، وفيه يختلف أهل التقويم.

وإن باعه مرابحة ممن كان العرض في يده وملكه فينظر:

آ ـ إن جعل الربح شيئاً متميزاً عن رأس المال، معلوماً، كالدراهم، وثوب معين مثلاً، جاز؛ لأن الثمن الأول معلوم، والربح معلوم، مثل أن يقول: « أبيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وبربح عشرة دراهم ».

ب ـ وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال، كأن يقول: كل عشرة ربحها واحد أي أن الربح بالعُشْر وهو المعروف قديماً بربح « ده يازده » لم يجز، لأنه جعل الربح جزءاً من العَرض، والعَرض ليس متماثل الأجزاء، وإنما يعرف بالتقويم، والقيمة مجهولة، لأن معرفتها بالحزر والظن[2].

---

(١) العروض جمع عرض والعرض: بسكون الراء، المتاع، وكل شيء سوى الدراهم والدنانير. وعرض الدنيا بفتحتين: ما كان من مال قلَّ أو كثر.

(٢) فتح القدير: ٥ ص ٢٥٤، المبسوط: ١٣ ص ٩١.

وأما بيعه وضيعة ممن العرض في يده وملكه، فالحكم فيه على عكس المرابحة: وهو أنه إن جعل الوضيعة شيئاً متميزاً عن رأس المال معلوماً كالدراهم ونحوه: لا يجوز، لأنه يحتاج إلى حط ذلك القدر عن رأس المال، وهو مجهول.

وإن جعل الوضيعة من جنس رأس المال، بأن باعه بوضع العُشْر أي أن كل عشرة ينقص منها واحد، جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من رأس المال، لأن الجزء الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم[1].

٤ ـ ألا يترتب على المرابحة في أموال الربا وجود الربا بالنسبة للثمن الأول، كأن يشتري المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون رباً، لا ربحاً. وكذلك لا يجوز بيعه مواضعة، ولكن يجوز بيعه تولية أو إشراكاً، إذ أنهما بمثل الثمن في كل المبيع أو بعضه؛ فلا يتحقق الربا.

فإن اختلف الجنس فلابأس بالمرابحة، كأن يشتري ديناراً بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه، جاز[2].

٥ ـ أن يكون العقد الأول صحيحاً: فإن كان فاسداً لم يجز بيع المرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والبيع الفاسد يثبت الملك فيه بقيمة المبيع أو بمثله، لا بالثمن، لفساد التسمية.

المطلب الثاني ـ رأس المال وما يلحق به وما لا يلحق

رأس المال: هو ما لزم المشتري الأول بالعقد، أي ما ملك المبيع به ووجب بالعقد، لا ما نقده بعد العقد بدلاً عن المسمى في العقد؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول.

---

(١) البدائع: ٥ ص ٢٢١.

(٢) المبسوط: ١٣ ص ٨٢، ٨٩.

والثمن الأول : هو ما وجب بالبيع ، فأما ما نقده بعد البيع ، فذلك وجب بعقد آخر : وهو الاستبدال ، فيكون الواجب على المشتري الثاني هو المتفق عليه بالعقد ، لا المدفوع بعدئذ بموجب اتفاق آخر .

ومثل ذلك ـ التولية :

وبيان هذا : إذا اشترى إنسان ثوباً بعشرة دراهم ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً ، فيكون رأس المال : هو العشرة لا الدينار أو الثوب ؛ لأن العشرة هي التي وجبت بالعقد ، وإنما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب .

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد ، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم زيوف أو بعضها جياد وبعضها زيوف ، فقبلها البائع ، ثم أراد أن يبيعه مرابحة ، فيجب على المشتري الثاني أن يدفع الثمن من الجياد ؛ لأن المضمون بالعقد الأول هو الجياد لكن جعل الزيوف بدلاً عن الثمن الأول بعقد آخر .

ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد ، ثم باعه مرابحة ، فإن ذكر الربح مطلقاً (أي بدون تحديد صفة معينة) بأن قال : « أبيعك بالثمن الأول ، وربح درهم » كان على المشتري الثاني عشرة مثل التي وجبت بالعقد الأول وهي عشرة ليست من نقد البلد ، وأما الربح فيكون من نقد البلد ؛ لأنه أطلق الربح ، فينصرف المطلق إلى المتعارف ، وهو نقد البلد .

وإن نسب الربح إلى رأس المال ، فقال : « أبيعك بربح العشرة أو بربح العُشْر ـ ده يازده » فالربح والعشرة من جنس الثمن الأول لأنه جعل الربح جزءاً من العشرة ، فكان من جنسها ضرورة[1] .

وأما ما يلحق برأس المال : فهو كل نفقة أنفقت على السلعة وأوجبت زيادة في

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٢ .

المعقود عليه سواء في العين أو في القيمة ، وكان ذلك معتاداً إلحاقه برأس المال عند التجار، مثل أجرة القصار[1] والصباغ ، والغسال ، والخياط ، والسمسار، وسائق الغنم ، وعلف الدواب اعتباراً للعرف ، والعرف حجة لما ورد من الأثر: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

ويباع ذلك مرابحة وتولية ، إلا أن البائع لا يقول عند البيع : اشتريته بكذا ، ولكن يقول : « قام علي بكذا ، فأبيعك مع ربح كذا » حتى لا يكون كاذباً في كلامه .

وأما ما لا يلحق برأس المال : فهو أجرة الراعي والطبيب والحجام ، والختان ، والبيطار وأجرة تعليم القرآن ، والأدب والشعر ، والحرف بالنسبة للرقيق في الماضي . ويباع مرابحة وتولية بالثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير؛ لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق هذه المؤن برأس المال ، وقد ورد : « ما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح »[2] .

المطلب الثالث ـ ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب

إن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة ؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ، ولا استحلاف ، فيجب صيانتها عن الخيانة ، وعن سبب الخيانة والتهمة ، قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون ﴾ .

وقال ﷺ : « ليس منا من غشنا »[3] .

---

(١) هو محور الثياب ومبيضها بواسطة آلة ، فإن لم يستعمل آلة فهو الصباغ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٥٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٢٣ ، الدر المختار : ٤ ص ١٦١ .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث وله ألفاظ منها هذا : ومنها : « من غشنا فليس منا » ومنها : « ليس منا من غش » (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ٧٨) .

وبناء على هذا : إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري فأراد أن يبيعها المشتري مرابحة ينظر :

إن حدث العيب بآفة سماوية : له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان العيب عند جمهور الحنفية ؛ لأن الجزء المتعيب لا يقابله شيء من الثمن ، فكأنه دفع الثمن مقابل المبيع على حالته التي آل إليها ، فكان بيان العيب والسكوت عنه على حد سواء[1] .

وقال زفر وجمهور العلماء : لا يبيع الشيء المعيب مرابحة حتى يبين العيب الحادث منعاً من شبهة الخيانة ؛ لأن غرض الناس يختلف بذلك العيب ، ولأن العيب الحادث ينقص به المبيع[2] .

وإن حدث العيب بفعل المشتري الأول أو بفعل أجنبي ، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين العيب بالاتفاق .

ولو حدث في المبيع زيادة كالولد ، والثمرة ، والصوف ، واللبن : لم يبعه مرابحة حتى يبين ؛ لأن الزيادة المتولدة مبيعة عند الحنفية ، ولا يحط ذلك من الثمن ، وإنما يخبر عادة بالثمن من غير زيادة[3] .

ولو استغل الأرض جاز أن يبيعها من غير بيان ؛ لأن الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاتفاق .

ولو اشترى شيئاً نسيئة كثوب بعشرة دراهم : لم يبعه مرابحة حتى يبين ذلك ، لأن الأجل سبب في زيادة الثمن عادة ، فإن ثمن المبيع يختلف بين النسيئة والنقد .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٦٤ ، المهذب : ١ ص ٢٨٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧٩ ، المغني : ٤ ص ١٨٢ .

(٣) المراجع السابقة .

ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه : فله أن يبيعه ، مرابحة من غير بيان ، لأنه اشترى بثمن في ذمته ، لأن الدين لا يتعين ثمناً .

وإن أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنسان : فليس له أن يبيعه مرابحة على ذلك الدين ؛ لأن مبنى الصلح على الحط والتساهل ، فلابد من البيان ليعلم المشتري أنه سامح أم لا ، فيحترز عن التهمة ... بخلاف الشراء في الحالة الأولى ؛ لأن مبنى الشراء على المماكسة[1] ، فلا حاجة إلى البيان .

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم رقمه[2] بأكثر من الثمن إذا كانت قيمته أكثر من عشرة ، ثم باعه مرابحة على الرقم ، من غير بيان جاز ، ولا يكون خيانة ، لأنه صادق حيث ذكر الرقم ، ولكن لا يقول : اشتريته بكذا ، لأنه يكون كاذباً فيه . هذا إذا علم المشتري بأن الثمن والرقم متغايران ، فإن علم أنهما سواء ، فيكون خيانة يوجب له الخيار .

وكذلك لو ملك مالاً بالميراث أو الهبة ، فقومه رجل عدل ، ثم باعه مرابحة على قيمته : فيجوز ، لأنه صادق في مقالته[3] .

المطلب الرابع ـ حكم الخيانة إذا ظهرت

إذا ظهرت الخيانة في المرابحة بإقرار البائع في عقد المرابحة أو ببرهان عليها أو بنكوله عن اليمين : فإما أن تظهر في صفة الثمن أو في قدره .

فإن ظهرت في صفة الثمن : بأن اشترى شيئاً نسيئة ، ثم باعه مرابحة على الثمن الأول ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة ، أو أنه باعه تولية ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة ، ثم علم المشتري : فله الخيار باتفاق علماء الحنفية إن شاء أخذ المبيع ، وإن شاء رده ؛ لأن

(١) ماكسه مماكسة : استحطه الثمن واستنقصه إياه .

(٢) سبق تفسير الرقم في البيوع الفاسدة .

(٣) البدائع : ٢٢٤/٥ .

المرابحة عقد مبني على الأمانة ، إذ أن المشتري اعتمد على أمانة البائع في الإخبار عن الثمن الأول ، فكانت صيانة البيع الثاني عن الخيانة مشروطة دلالة ، فإذا لم يتحقق الشرط ثبت الخيار ، كما في حالة عدم تحقق سلامة المبيع عن العيب .

وكذا إذا لم يخبر أن الشيء المبيع كان بدل صلح ، فللمشتري الثاني الخيار .

وإن ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية بأن قال :

اشتريت بعشرة ، وبعتك بربح كذا ، أو اشتريت بعشرة ووليتك بما توليتُ ، ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة ، فاختلف فقهاء الحنفية :

فقال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وقوله هو الأرجح عندّ الحنفية : المشتري بالخيار في المرابحة : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ترك . وأما في التولية : فلا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ، ويلزم العقد بالثمن الباقي . ووجه الفرق بين المرابحة والتولية : هو أن الخيانة في المرابحة لا تخرج العقد عن طبيعته : وهو كونه مرابحة ؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول ، وزيادة ربح . وهذا المعنى متوفر بعد ظهور الخيانة ، فيصبح بعض الثمن رأس مال ، وبعضه ربحاً مما يوجب خللاً في الرضا ، فيثبت الخيار ، كما في الخيانة في صفة الثمن .

وأما **التولية** فالخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية ؛ لأن التولية بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان . فإذا ظهر النقصان في الثمن الأول ، وأثبتنا الخيار للمشتري ، فإنا نخرج العقد عن كونه تولية ونجعله مرابحة ، وهذا إنشاء عقد جديد لم يتراضيا عليه وهو لا يجوز فحططنا قدر الخيانة ، وألزمنا العقد بالثمن الباقي .

وعليه : لو هلك المبيع في يد المشتري الثاني ، أو استهلكه قبل رده ، أو حدث به ما يمنع من الرد كعيب مثلاً ، لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره .

وقال أبو يوسف : لا خيار للمشتري ، ولكن يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية . وقدر الخيانة في المثال المذكور : هو درهم في التولية ودرهم في المرابحة

وحصة من الربح : وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم ؛ لأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة والتولية ، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح ، فتلغو التسمية في قدر الخيانة ، ويبقى العقد لازماً بالثمن الباقي .

وقال محمد : للمشتري الثاني الخيار في المرابحة والتولية : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده على البائع ، ودليله : أن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن ، فلا يلزم بدونه ، ويثبت له الخيار ، لوجود الخيانة ، كما يثبت الخيار بعدم تحقق سلامة المبيع عن العيب[1] .

ويلاحظ أن المفتى به عند الحنفية رفقاً بالناس : هو أنه يجوز رد المبيع أو الثمن على صاحبه بالغبن الفاحش إذا كان هناك تغرير من أحد العاقدين للآخر أو من شخص آخر أجنبي عنهما كالدلال ونحوه .

والمراد بالغبن الفاحش : هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين كزيادة ثلاثة بالعشرة مثلاً ، وأما ما دونها فهو غبن يسير لا رد فيه ، كما أنه لا رد إذا لم يوجد التغرير[2] .

الإشراك : والإشراك حكمه حكم التولية فيما ذكرنا ، ولكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن . وتفصيل الكلام في القدر الذي تثبت فيه الشركة يعرف في المطولات[3] .

المواضعة : والمواضعة كما عرفنا : هي بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم منه ، وتطبق عليها شروط المرابحة وأحكامها[4] .

---

(١) المبسوط : ٨٦/١٣ ، البدائع : ٢٢٥/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٥٦/٥ ، الدر المختار : ١٦٣/٤ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٦٦/٤ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٢٢٦/٥ .

(٤) المصدر السابق : ص٢٢٨ .

- ٧ -

الإقالة

إذا كان البيع صحيحاً ، لازماً : خالياً من الخيار ، واتفق المتعاقدان على رفعه وإنهائه ، فيتم فسخه عن طريق الإقالة . والإقالة وإن كانت متفرعة عن البيع لأنها أكثر ماتقع فيه ، إلا أنها تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا الزواج فهي بتعبير أعم : عقد يرفع به عقد سابق[(١)] .

وسنتكلم عن مشروعية الإقالة وتعريفها وركنها ثم عن ماهيتها وحكمها ، ثم عن شروط صحتها .

مشروعية الإقالة وتعريفها وركنها : الإقالة مندوبة لقوله عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عسرته يوم القيامة » رواه البيهقي . وفي رواية أبي داود : « من أقال مسلماً ، أقال الله عثرته »[(٢)] .

والإقالة لغة : الرفع . وشرعاً : رفع العقد ولو في بعض المبيع . مثل أن يبيع إنسان مائة رطل من الحنطة بخمسين ليرة سورية ، ويسلمها إلى المشتري ، ثم يفترق المتعاقدان ، ثم يقول البائع للمشتري : ادفع إلي الثمن أو الحنطة التي دفعتها إليك ، فدفعها أو بعضها ، فيكون ذلك فسخاً في المردود إلى البائع .

---

(١) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف٢٩٠ .

(٢) ورواه هكذا ابن ماجه وزاد (يوم القيامة) ورواه أيضاً ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . (انظر نصب الراية : ٣٠/٤ ، جامع الأصول : ٣٧١/١ ، سبل السلام : ٣٣/٣) .

وركنها : الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر.

وأما صيغة العقد فلا خلاف في أنه ينعقد بلفظ يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحد العاقدين : أقلت ، ويقول الآخر : قبلت أو رضيت ونحوهما .

فإن كان أحد اللفظين يعبر به عن الماضي ، والآخر عن المستقبل ، كأن يقول أحد العاقدين : أقلني ، فيقول الآخر : أقلتك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ينعقد كما هو المقرر في عقد النكاح إذ أنه في العادة ليس في الإقالة مساومة بخلاف البيع ، فيحمل اللفظ على الإيجاب .

وقال محمد : لا تنعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، كما في البيع ؛ لأن ركن الإقالة وهو الإيجاب والقبول ، كركن البيع ، والبيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي .

ولا يتعين لفظ الإقالة وإنما تصح أيضاً بألفاظ أخرى مثل : فاسختك ، وتركت البيع ، وتاركتك ، ورفعت . وكذا تصح بالتعاطي ، ولو من أحد الجانبين ، كما في المبيع ، كأن يقطع البائع القماش قميصاً بمجرد قول المشتري : « أقلتك »[1] .

ماهية الإقالة وحكمها : اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة ، فقال المالكية والظاهرية : إنها بيع ثان ؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه ، فهي تتم إذاً بتراضي العاقدين ، يجوز فيها ما يجوز في البيوع ويحرم فيها ما يحرم في البيوع[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : إنها فسخ ؛ لأن الإقالة هي الرفع والإزالة ولأن المبيع

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٦ ، فتح القدير : ٥ ص٢٤٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ ص١٥١ ، درر الحكام لمنلاخسرو : ٢ ص١٧٨ .

(٢) القوانين الفقهية : ص٢٧٢ ، المحلى : ٩ ص٧ .

عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكان فسخاً ، كالرد بالعيب[1] .

وأما الحنفية فاختلفوا فيما بينهم ، فقال أبو حنيفة رحمه الله ، وقوله هو الصحيح عند الحنفية :

الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث غيرهما ، سواء قبل القبض أو بعده ، إلا إذا لم يمكن جعلها فسخاً فتبطل ، كأن تلد البهيمة المبيعة بعد القبض لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة . ودليله على أن الإقالة فسخ هو أنها رفع لغة وشرعاً ، ورفع الشيء فسخه ، وأما إنها بيع فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ رأس ماله ببدل ، وهذا معنى البيع . إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق العاقدين للتنافي[2] ، فأظهرناه في حق ثالث غيرهما . وعلى هذا ، فمن اشترى داراً ، ولها شفيع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، ثم أقال العاقدان البيع ، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانياً ؛ لأن الإقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا .

وقال أبو يوسف : الإقالة بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما ، إلا أن يتعذر جعلها بيعاً ، فتجعل فسخاً ، كأن تقع الإقالة قبل القبض في مبيع منقول ؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز ، بخلاف العقار فإنه يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي حنيفة ، فإقالته بيع . ودليله أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة للمعنى لا للصورة .

وقال محمد : الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً ، فتجعل بيعاً للضرورة ، كما

---

(١) المغني : ٤ ص١٢١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص٥٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص٩٦ ، قال النووي في المجموع (٩ ص١٥٦) : إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب : وهي خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الخلف بأن كان شرطه كاتباً فخرج غير كاتب ، والإقالة والتحالف ، وتلف المبيع .

(٢) أي لاختلاف البيع والإقالة في الاسم ، لأن البيع إثبات ، والرفع نفي ، وبينهما تناف .

مثلنا أثناء بيان قول أبي حنيفة . ودليله أن الأصل في الإقالة الفسخ ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغة وشرعاً .

وقال زفر والشافعية والأكثرون من الحنابلة : إنها فسخ في حق الناس كافة[1] .

وتظهر ثمرة الاختلاف بين الحنفية فيما إذا تقايل العاقدان البيع بأكثر من الثمن الأول أو بأقل أو بجنس آخر ، أو أجّلا الثمن في الإقالة :

فعلى قول أبي حنيفة : تصح الإقالة بالثمن الأول ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل ، أو الجنس الآخر ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعدها ؛ لأنها فسخ في حق العاقدين ، والفسخ رفع العقد ، والعقد وقع بالثمن الأول ، فيكون فسخه بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد ، فإذا تقايل العاقدان على أكثر من الثمن الأول أو أقل أو على جنس آخر ، يلزم الثمن الأول لا غير .

والحكم هكذا على قول زفر ؛ لأن الإقالة عنده فسخ محض في حق الناس كافة . وعلى قول الشافعية والحنابلة : تبطل الإقالة في هذه الحالات بسبب الشرط الفاسد كما في البيع . وعلى هذا فلا يجوز في الإقالة الزيادة ولا النقصان عند الحنفية والشافعية والحنابلة ؛ لأن الإقالة فسخ على أي حال . وقال مالك : الإقالة بيع ، فيجوز فيها الزيادة أو النقصان . كما إذا باع شيئاً بمئة دينار ، ثم ندم البائع ، فطلب من المشتري رد المبيع على أن يدفع إليه عشرة دنانير مثلاً ؛ لأن الإقالة حينئذ بيع مستأنف . ولا يجوز عند مالك أن يشتري شيئاً بمئة دينار مثلاً إلى أجل ، ثم ندم المشتري ، فسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة دنانير نقداً أو إلى أجل ؛ لأن ذلك ذريعة إلى بيع وسلف ، كأن المشتري باع الشيء بتسعين ، وأسلف البائع عشرة[2] . وأما إن كان البيع

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٦ ، فتح القدير : ٥ ص٢٤٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص١٥٤ ، القواعد لابن رجب : ص٣٧٩ ، المراجع السابقة ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص٦٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٥٢ ، المغني : ٤/ ١٢١ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ١٤٠ .

الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك .

وعلى قول أبي يوسف : تصح الإقالة بما ذكرا من الثمن ، وشرطا من الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد .

وعلى قول محمد : إذا كانت الإقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه فهي بيع إذ لا يمكن جعلها فسخاً ؛ لأن شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول ، وإن كانت بمثل الثمن الأول أو أقل فهي فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقصان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل[1] .

شروط الإقالة : يشترط لصحة الإقالة شروط :

أولاً ـ رضا المتقايلين : وسبب هذا الشرط على رأي أبي يوسف ظاهر ؛ لأن الإقالة بيع عنده ، والرضا شرط من شروط صحة البيوع . وأما على رأي جمهور الحنفية ، فلأن الإقالة فسخ العقد ، والعقد وقع بتراضي العاقدين ، فكذا فسخه .

ثانياً ـ تقابض بدلي الصرف في مجلس إقالة عقد الصرف : وهذا واضح على أصل أبي يوسف . وأما على أصل أبي حنيفة فلأن قبض البدلين إنما وجب حقاً لله تعالى ، والإقالة وإن كانت فسخاً في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث ، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث ، فتكون الإقالة بيعاً في حقه .

ثالثاً ـ أن يكون محل العقد محتملاً للفسخ عند أبي حنيفة وزفر ؛ لأن الإقالة فسخ للعقد عندهما ، فإن لم يكن محتملاً للفسخ بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ لا تصح الإقالة .

وعند الصاحبين : لا يشترط هذا الشرط ؛ لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع ، والزيادة تحتمل البيع ، فيظل محل العقد محتملاً للإقالة .

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٧ ، فتح القدير : ٥ ص٢٤٩ ، الدر المختار : ٤ ص١٥٥ .

وأمـا على أصل محمـد : فـإن الإقـالـة وإن كانت فسخـاً ، لكن عنـد الإمكان ولا إمكان هنا لأنه إذا حصلت زيادة في المبيع يتعذر الفسخ .

رابعاً - قيام المبيع وقت الإقالة ؛ لأن الإقـالـة رفع العقـد ، والمبيع محلـه ، فـإن كان هالكاً كله وقت الإقالة لم تصح ، وإن هلك بعضه لم تصح الإقالة بقدره .

وأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط .

وجه الفرق أن رفع البيع يستدعي قيـام البيع ، فـإن رفع المعـدوم محـال وقيـام البيع بالمبيع لا بالثمن ؛ لأن الأصل هو المبيع ، ولهـذا شرط وجوده عنـد البيع ، بخلاف الثمن . فإذا هلـك المبيع لم يبق محل حكم المبيع ، فلا تتصور الإقـالـة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة ، وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم ، فتصح الإقالة[1] .

ويترتب على الإقالة انحلال العقد وزوال آثاره أو ارتفاع حكمه .

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص٢٥٠ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ ص١٥٧ .

الفصل الثاني

القرض

إن القرض في معناه العام يشبه البيع ؛ لأنه تمليك مال بمال[1] وهو أيضاً نوع من السلف[2] . قال جماعة من العلماء : القرض نفس البيع ، لكن ذكر القرافي ثلاثة فروق بين القرض والبيع ، فالقرض خولفت فيه ثلاث قواعد شرعية :

١ ـ قاعدة الربا : إن كان القرض في الأموال الربوية وهي المكيلات والموزونات عند الحنفية والحنابلة في الأصح ، والنقدان أو الاقتيات عند المالكية والنقدية أو الطعم عند الشافعية .

٢ ـ وقاعدة المزابنة : وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه ، إن كان القرض في غير المثليات كالحيوان ونحوه .

٣ ـ وقاعدة بيع ما ليس عند الإنسان ، إن كان القرض في المثليات .

والسبب في هذه المخالفات هو مراعاة مصالح الناس والتيسير عليهم في القيام بصنائع المعروف ، ولذا يحرم القرض إن لم يكن القصد منه عمل المعروف كتحقيق منفعة للمقرض مثلاً[3] .

---

(١) البدائع : ٧ ص٢١٥ .

(٢) المغني : ٤ ص٣١٣ ، الموافقات للشاطبي : ٤ ص٤٢ .

(٣) الفروق وتهذيبه : ٤ ص٢ وما بعدها .

والكلام عن القرض يظهر في بيان تعريفه ومشروعيته وعاقده وصيغته، وحكم الخيار فيه وما يصح فيه وحكمه وحكم القرض الذي يجر منفعة.

تعريف القرض: القرض لغة: القطع، وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً، لأنه قطعة من مال المقرض، تسمية للمفعول باسم المصدر.

واصطلاحاً عند الحنفية: هو ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضاه. أو بعبارة أخرى: هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله[(١)].

مشروعيته: القرض جائز بالسنة والإجماع:

أما السنة ـ فما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقة مرة»[(٢)] وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل، ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة»[(٣)] وعن أبي رافع حديث سيأتي في القرض الذي يجر منفعة.

وأجمع المسلمون على جواز القرض[(٤)].

وهو مندوب إليه في حق المقرض، مباح للمقترض، للأحاديث السابقة، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من نفَّس عن مسلم كربة من

(١) الدر المختار: ٤ ص١٧٩، حاشية الدسوقي: ٣ ص٢٢٢.

(٢) رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً عن عبد الله بن مسعود. وفي رواية ابن ماجه في اسناده سليمان بن بشير وهو متروك، وعلى كل فله مؤيدات وشواهد كثيرة من القرآن والحديث (راجع الترغيب والترهيب: ٢ ص٤١، نيل الأوطار: ٥ ص٢٢٩).

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقي عن أنس بن مالك وقد روى الطبراني والبيهقي قريباً من هذا اللفظ عن أبي أمامة رضي الله عنه (انظر مجمع الزوائد: ٤ ص١٢٦، الترغيب والترهيب، المرجع السابق).

(٤) المغني: ٤ ص٣١٣، مغني المحتاج: ٢ ص١١٧.

كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »[1] ، وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال : « لأن أقرض دينارين ثم يردا ، ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما » وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا : « قرض مرتين خير من صدقة مرة »[2] . وقال الحنابلة : الصدقة أفضل من القرض ولا إثم على من سئل فلم يقرض[3] .

عاقده وصيغته : ولا يصح القرض إلا من جائز التصرف ، لأنه عقد على المال ، فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع .

ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول ، لأنه تمليك آدمي ، فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة .

ويصح بلفظ القرض والسلف ؛ لأن الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدي معناه : وهو أن يقول : « ملكتك هذا على أن ترد علي بدله »[4] .

هل يثبت فيه خيار أو أجل ؟ لا يثبت فيه خيار المجلس عند القائلين به وهم الشافعية والحنابلة ، ولا خيار الشرط ؛ لأن المقصود من الخيار هو الفسخ ، وفي القرض يجوز لكل واحد من العاقدين أن يفسخ إذا شاء ، فلا معنى للخيار[5] .

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء اشتراط الأجل في القرض ، فإن أُجل القرض إلى أجل مسمى معلوم ، لم يتأجل وكان حالا ، لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم ، فلا يجوز

---

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه مختصراً والحاكم وقال : صحيح على شرطهما وفي لفظ « من كشف عن مسلم . . . » (انظر الترغيب والترهيب : ٢ ص٤٤ ، مجمع الزوائد : ٤ ص٣٣) .

(٢) المهذب : ١ ص٣٠٢ ، المغني : ٤ ص٣١٣ .

(٣) غاية المنتهى : ٢ ص٨٣ .

(٤) المهذب : ١ ص ٣٠٢ ، المغني : ٤ ص٣١٤ ، الدر المختار : ٤ ص١٧٩ ، غاية المنتهى : ٢ ص٨٤ .

(٥) المهذب : ١ ص٣٠٣ ، المغني : ٤ ص٣١٥ ، تكملة المجموع : ١٣ / ١٦٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤ / ١٧٧ - ١٧٨ .

التأجيل منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، وباعتبار أن القرض محض تبرع، فيحق للمقرض المطالبة ببدله في الحال، لأنه عقد يوجب رد المثل في المثليات، فأوجب رد بدله حالاً كالإتلاف. وهكذا كل دين حل أجله لم يصر مؤجلاً بتأجيله. هذا بخلاف البدل في البيع وفي الإجارة، إذا أجل إلى أجل مسمى معلوم، فإنه لا يحق له المطالبة به، قبل حلول الأجل. لكن قال الحنفية: يلزم أجل القرض في أربع حالات:

الأولى ـ الوصية: وهي أن يوصي شخص بإقراض آخر مبلغاً من المال إلى سنة مثلاً، فليس للورثة مطالبة المقترض قبل حلول الأجل.

الثانية ـ الجحد: وهو أن يكون القرض مجحوداً، فأجله صاحبه، فإن الأجل يكون لازماً.

الثالثة ـ الحكم القضائي: وهو أن يحكم القاضي بلزوم القرض، عملاً بمذهب مالك وابن أبي ليلى، فإنه يلزم أيضاً.

الرابعة ـ الحوالة: بأن أحال المدين الدائن على آخر، فأجله المقرض، أو أحاله على مديون مؤجل دينه؛ لأن الحوالة مبرئة، أي يبرأ بها ذمة المحيل، ويثبت بها للمحال أي المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة، فهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض.

وقال الإمام مالك: يتأجل القرض بالتأجيل، لقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[1]، ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء، فملكا الزيادة فيه[2]. وهذا الرأي هو المعقول الموافق لمقتضى الواقع.

---

(١) رواه أبو داود وأحمد والترمذي والدارقطني عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده مرفوعاً وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة، وروي عن أنس عند الحاكم، وعن رافع بن خديج عند الطبراني، وعن ابن عمر عند البزار، وعن عطاء بلاغا عند ابن أبي شيبة، وجزم به البخاري (راجع سبل السلام: ٣ ص٥٩، المقاصد الحسنة: ص٣٨٥).

(٢) اعتمدنا في هذا على المغني لابن قدامة: ٤ ص٣١٥، المهذب: ١ ص٣٠٣.

ما يصح فيه القرض : اختلف العلماء فيما يصح فيه القرض :

فقال الحنفية : يصح القرض في المثلي : « وهو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة » كالمكيل والموزون ، والمعدود المتقارب كالجوز والبيض ، والورق من مقياس واحد ، والذرعي كالقماش ، وجاز قرض الخبز وزناً وعدداً ، على ما هو المفتى به من رأي الإمام محمد لحاجة الناس المتعينة إليه ، ولا يجوز القرض في غير المثلي من القيميات كالحيوان والحطب والعقار ، والعددي المتفاوت ، لتعذر رد المثل[(١)] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز قرض كل مال يصح فيه السلم ، سواء أكان مكيلاً أم موزوناً ، كالذهب والفضة والأطعمة ، أم من القيميات ، كعروض التجارة والحيوان ونحوها ، كالمعدود ؛ لأن النبي ﷺ فيما يرويه أبو رافع : « استسلف بَكراً »[(٢)] (البَكْر : الثني من الإبل) وذلك ليس بمكيل ولا موزون ، ولأن ما يثبت سَلَماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه كالمكيل والموزون . وأما ما لا يجوز فيه السَّلَم كالجواهر ونحوها ، فلا يصح قرضه في الأصح ؛ لأن القرض يقتضي رد المثل ، وما لا ينضبط ، أو يندر وجوده ، يتعذر أو يتعسر رد مثله[(٣)] . وعلى هذا يصح القرض عند جمهور الفقهاء في كل عين يصح بيعها إلا بني آدم ، ولا يصح قرض المنافع ، خلافاً لابن تيمية ، كأن يحصد معه يوماً ليحصد الآخر معه مثله ، أو يسكنه داره ليسكنه الآخر داره بدلها .

حكم القرض : يثبت الملك في القرض عند أبي حنيفة ومحمد بالقبض ، فلو اقترض انسان مدّ حنطة وقبضه ، فله الاحتفاظ به ، ورد مثله وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المقترض مثله لا عينه ، ولو كان قائماً .

---

(١) الدر المختار : ٤ ص١٧٩ ، ١٩٥ .

(٢) سيأتي تخريجه في حديث أبي رافع في بحث (القرض بمنفعة) .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص٢٢٢ ، القوانين الفقهية : ص٢٨٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص١١٨ وما بعدها ، المهذب : ١ ص٣٠٣ ، المغني : ٤ ص٣١٤ ، غاية المنتهى : ٢ ص٨٤ وما بعدها .

وقال أبو يوسف : لا يملك المقترض القرض مادام قائماً[1] .

وقال المالكية : إن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية ، يثبت الملك فيه بالعقد ، وإن لم يقبض المال . ويجوز للمقترض أن يرد مثل الذي اقترضه ، وأن يرد عينه ، سواء أكان مثلياً أم غير مثلي ، وهذا مالم يتغير بزيادة أو نقص ، فإن تغير وجب رد المثل[2] .

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة : يثبت الملك في القرض بالقبض ، ويرد المقترض عند الشافعية المثل في المثلي ، لأنه أقرب إلى حقه ، ويرد في القيمي المثل صورة ، لأنه ﷺ اقترض بَكراً ورد رَباعياً ، وقال : « إن خياركم أحسنكم قضاء »[3] .

ويجب عند الحنابلة رد المثل في المكيل والموزون ، كما هو اتفاق الفقهاء . وفي غير المكيل والموزون وجهان : أحدهما ـ يجب رد قيمته يوم القرض . والثاني ـ يجب رد مثله بصفاته تقريباً[4] .

مكان الوفاء : اتفق علماء المذاهب الأربعة على أن وفاء القرض يكون في البلد الذي تم فيه الإقراض ، ويصح إيفاؤه في أي مكان آخر إذا لم يحتج نقله إلى حمل ومؤنة أو وجد خوف طريق ، فإن احتاج إلى ذلك لم يلزم المقرض بتسلمه[5] .

القرض الذي جرّ منفعة : قال الحنفية في الراجح عندهم : كل قرض جر نفعاً حرام إذا كان مشروطاً ، فإن لم يكن النفع مشروطاً أو متعارفاً عليه في القرض ، فلا بأس به ، وعلى هذا فلا يجوز للمرتهن الدائن الانتفاع بالرهن إذا كان مشروطاً أو

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص١٨١ .

(٢) الدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ ص٢٢٦ ، الشرح الصغير : ٣/ ٢٩٥ ، ط دار المعارف .

(٣) سيأتي تخريجه في بحث القرض الذي جر منفعة في حديث أبي رافع .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص١١٩ وما بعدها ، المهذب : ١ ص٣٠٣ ، المغني : ٤ ص٣١٤ .

(٥) الدر المختار : ٤/ ١٨٠ ، الشرح الصغير : ٣/ ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٢/ ١١٩ ، المغني : ٤/ ٣٢٥ .

متعارفاً ، وإن لم يكن كذلك فيجوز مع الكراهة التحريمية إلا أن يأذن الراهن فيحل ، كما جاء في معتبرات كتب الحنفية ، وقال بعضهم : لا يحل وإن أذن الراهن بالانتفاع . وهذا هو المتفق مع الروح العامة في الشريعة في تحريم الربا .

وكذلك حكم الهدية للمقرض : إن كانت بشرط كره أي تحريماً ، وإلا فلا[1] .

وقال المالكية : يحرم الانتفاع بشيء من أموال المقترض كركوب دابته ، والأكل في بيته لأجل الدين ، لا للإكرام ونحوه ، كما تحرم هدية المقترض لرب المال ، إن قصد المهدي بهديته تأخيره الدين ونحوه ، ولم تكن هناك عادة سابقة قبل القرض بإهداء الدائن بالمثل صفة وقدراً ، أو حدث موجب جديد كصهارة ، أو جوار ، وكان الإهداء لذلك لا للدين . والحرمة تتعلق بكل من الأخذ والدفع ، وعندئذ يجب عليه ردها إن كانت باقية ، فإن تلفت وجب عليه رد المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي ، هذا في حال بقاء علاقة الدين ، أما عند وفاء الدين : فإن قضى المدين أكثر من الدين ، فإن كان الدين بسبب بيع ، جاز مطلقاً ، سواء أكان المؤدى أفضل صفة أم مقداراً ، في الأجل أم قبله أم بعده . وإن كان وفاء الدين بسبب سلف (أي قرض) : فإن كانت الزيادة بشرط أو وعد أو عادة منعت مطلقاً ، وإن كانت بغير شرط ولا وعد ولا عادة ، جازت اتفاقاً عند المالكية في الأفضل صفة ؛ لأن النبي ﷺ استسلف بَكْراً ، وقضى جملاً بَكْراً خِياراً ، كما سيأتي ، واختلف في الأفضل مقداراً ، ففي المدونة لمالك لا يجوز إلا في اليسير جداً ، وأجازه ابن حبيب مطلقاً[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز قرض جرّ منفعة ، مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ؛ لأن النبي ﷺ « نهى عن

---

(١) رد المحتار : ٤ ص١٨٢ ، مجمع الضمانات : ص١٠٩ ، مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص٩٦ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ ص٢٢٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٨٨ وما بعدها .

سلف وبيع »[1] والسلف: هو القرض في لغة الحجاز. وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم « نهوا عن قرض جرّ منفعة »[2] ولأن القرض عقد إرفاق (أي منفعة) وقربة، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه، فيكون القرض صحيحاً والشرط باطلاً، سواء أكانت المنفعة نقداً أم عيناً كثيرة أو قليلة.

فإن أقرض شخص غيره مطلقاً من غير شرط، فقضاه خيراً منه في الصفة، أو زاده في القدر، أو باع منه داره، جاز. ولا يكره للمقرض أخذه، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: « استسلف رسول الله ﷺ من رجل بَكْراً[3]، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكراً، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خِياراً رَباعياً[4]، فقال النبي ﷺ: أعطه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء »[5]. وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: « كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني وزادني »[6] وأما النهي عن قرض جر نفعاً،

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث، وقد رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ « لا يحل سلف ولا بيع » وله رواية أخرى عند الطبراني في معجمه عن حكيم بن حزام قال: « نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع: عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وبيع ماليس عندك، وربح مالم يضمن » (راجع نصب الراية: ٤ ص١٩، مجمع الزوائد: ٤ ص٨٥).

(٢) هكذا ذكر ابن قدامة في المغني: ٤ ص٣١٩. ورواه البيهقي في السنن الكبرى كذلك عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم. وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن أبي طالب بلفظ: « أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر منفعة » وفي رواية « كل قرض جر منفعة فهو ربا » وإسناده ساقط، لأن في إسناده سوار بن مصعب الهمذاني المؤذن الأعمى وهو متروك. ورواه البيهقي في المعرفة بلفظ: « كل قرض جر نفعاً فهو وجه من وجوه الربا » قال عمرو بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء (راجع التلخيص الحبير: ص٢٤٥، نيل الأوطار: ٥ ص٢٣٢، سبل السلام: ٣ ص٥٣) وعلى كل فمعناه صحيح تؤيده قواعد الشريعة.

(٣) البكر: هو الثني من الإبل، والأنثى بكرة، وقال أبو عبيد: البكر من الإبل بمنزلة الفتى من الناس.

(٤) الخيار: أي المختار، والرباعي: هو الذي ألقى رباعيته: وهي السن التي بين الثنية والناب: وهو الذي استكمل ست سنين ودخل في السابعة.

(٥) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة (راجع التلخيص الحبير: ص٢٤٥، الموطأ: ٢ ص١٦٨، نيل الأوطار: ٥ ص٢٣٠).

(٦) رواه البخاري ومسلم وأحمد (راجع نيل الأوطار: ٥ ص٢٣١).

فهو ليس بحديث ، كما أثبت الحافظ الزيلعي في نصب الراية ، وكما ذكرنا في الحاشية السابقة ، ويمكن فهمه على أنه في القرض الذي شرط فيه النفع أو جرى عليه العرف ، كما قرر الكرخي وغيره .

والإقراض ممن تعود رد الزيادة ، فيه وجهان : أوجهها عند الشافعية الكراهة . وعند الحنابلة : روايتان أصحها الجواز بدون كراهة[1] .

والخلاصة أن القرض جائز بشرطين[2] :

١ ـ ألا يجر نفعاً ، فإن كانت المنفعة للدافع ، منع اتفاقاً للنهي عنه ، وخروجه عن باب المعروف ، وإن كانت للقابض جاز ، وإن كانت بينهما لم يجز لغير ضرورة . واختلف في الضرورة وهي حالة السفاتج الآتية .

٢ ـ ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع وغيره .

وأما هدية المديان : فلا يجوز عند المالكية للدائن قبولها ؛ لأنه يؤول إلى زيادة على التأخير ، وأجازها الجمهور ، إن لم تكن مشروطة ، كما تجوز إن كان بين المقرض والمقترض من الصلات ما يعلم أن الهدية له لا للدين .

ويلاحظ أن ايداع المال في **صندوق التوفير ، وشهادات الاستثمار** يطبق عليه حكم القرض ، فلا تحل الفائدة التي يدفعها الصندوق لواضعي أموالهم فيها ، إذ ليست العلاقة مجرد وديعة كما زعم بعض المفتين ، إذ لو كان هذا المال وديعة محضة ، لما جاز شرعاً للقائمين على هذا الصندوق أن يستغلوه ويستثمروه في الأعمال ، إذ الذي يملكه الوديع من الوديعة حفظها فقط ، لا التصرف فيها ، لكن المودع إذا أذن بالتصرف في الوديعة كانت قرضاً ، لأن العبرة للمعاني . وكذلك الربح المقطوع المحدد بفائدة سنوية

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص١١٩ وما بعدها ، المهذب : ١ ص٣٠٤ ، المغني : ٤ ص٣٢١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص٨٥ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص٢٨٨ .

معينة في شهادات الاستثمار ليس مشروعاً ؛ إذ لا يجوز ذلك في الشركات وبخاصة شركة المضاربة ، وطريق الجواز : أن يكون الربح غير محدد المقدار وأنْ يتفق على المساهمة في الخسارة الحادثة لو وقعت الخسارة أثناء الاستثمار في مشروع معين .

السُفْتَجة(١) : هي معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلد ليوفيه المقترض أو نائبه أو مدينه إلى المقرض نفسه أو نائبه أو دائنه في بلد آخر معين .

وحكمها عند الحنفية : الكراهة التحريمية إذا كانت المنفعة المقصودة منها (أي الوفاء في بلد آخر لتفادي خطر الطريق) مشروطة في صلب العقد ، أو بمقتضى العرف . قال المرغيناني : ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ، وهذا نوع نفع استفيد به ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعاً(٢) .

وقال الشافعية بمنع السفتجة ؛ لأنها من قبيل القرض الذي يجر منفعة للمقرض بربحه فيها خطر الطريق(٣) .

وكذلك قال المالكية ، فهي عندهم ممنوعة لأنها قرض جر نفعاً إلا في حالة الضرورة حفظاً لماله(٤) .

والراجح عند الحنابلة هو جواز تلك المعاملة إن كانت بلا مقابل ، واختار ابن تيمية وابن القيم وابن قدامة القول بالجواز مطلقاً ؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض بل ينتفعان بها جميعاً(٥) .

---

(١) بفتح السين والتاء أو بضمها ، أو ضم السين وفتح التاء ، وهذا الأخير هو الأشهر وهي كلمة فارسية معربة وهي رقعة يكتبها المقرض إلى من يقبض عنه عوض القرض في المكان الذي اشترطه . وهذه الرقعة كورقة (الشيك) الآن ، وتعتبر نوعاً من (الكمبيالة) المعروفة في الوقت الحاضر.

(٢) الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٤٥٢ .

(٣) المهذب : ١/ ٣٠٤ .

(٤) الخرشي علي خليل : ٤/ ١٤١ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٥٠ ، ٢٨٨ ، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٢٢٥ .

(٥) مطالب أولي النهى : ٣/ ٢٤٦ ، المغني : ٤/ ٣٢١ ، أعلام الموقعين : ١/ ٣٩١ ، ط التجارية .

الفصل الثالث

عقد الإيجار

عقد الإجارة كالبيع من العقود المسماة[1] التي عني التشريع الإسلامي ببيان أحكامها الخاصة بها بحسب ما تقتضيه طبيعة عقدها، وهي تختلف عن عقد البيع في أنها مؤقتة المدة، بينما عقد البيع لا يقبل التأقيت، وإنما هو مؤبد، لأنه يترتب عليه انتقال ملكية العين.

وعقد الإجارة من العقود المهمة في الحياة العملية، لذا فإننا سنتكلم عن أهم خصائصها وأحكامها في المباحث الآتية:

المبحث الأول ـ مشروعية الإجارة وركنها ومعناها.

المبحث الثاني ـ شروط الإجارة.

المبحث الثالث ـ صفة عقد الإجارة وحكمه.

المبحث الرابع ـ نوعا الإجارة وأحكامها.

المبحث الخامس ـ ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين.

المبحث السادس ـ اختلاف المتعاقدين في الإجارة.

المبحث السابع ـ انتهاء عقد الإجارة.

---

(١) وهي التي سماها المشرع ونظمها مثل البيع والإجارة والشركة والكفالة والهبة فتطبق عليها القواعد العامة للعقود، والقواعد الخاصة بها، أما العقود غير المسماة وهي التي لم ينظمها المشرع مثل العقود الحديثة الظهور كعقد التوريد وعقد النزول في فندق، فهي تخضع للقواعد العامة.

المبحث الأول ـ مشروعية الإجارة وركنها ومعناها :

مشروعية الإجارة : اتفق الفقهاء على مشروعية عقد الإجارة ما عدا أبا بكر الأصم وإسماعيل بن علية والحسن البصري والقاشاني والنهرواني وابن كيسان فإنهم لم يجيزوه ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض ، ثم تستوفى شيئاً فشيئاً مع الزمن ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل . ورد عليهم ابن رشد بأن المنافع ، وإن كانت معدومة في حال العقد ، فهي مستوفاة في الغالب . والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء[1] .

واستدل **الجمهور** على جواز عقد الإيجار بالقرآن والسنة والإجماع :

أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ وقوله عز وجل حاكياً قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام : ﴿ قالت إحداهما : يا أبت استأجره ، إن خير من استأجرت القوي الأمين . قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ، فإن أتممت عشراً فمن عندك ﴾ والاستدلال بهذه الآية صحيح عند القائلين : بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ .

وأما السنة : فقوله عليه السلام : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »[2] .

فالأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة الإيجار ، وقوله ﷺ : « من استأجر

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص٢١٨ .

(٢) روي من حديث أبي هريرة ، ومن حديث ابن عمر ومن حديث جابر ومن حديث أنس ، فحديث أبي هريرة رواه أبو يعلى في مسنده ، وحديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه في سننه ، وحديث جابر رواه الطبراني في معجمه الصغير ، وحديث أنس رواه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الأصول . قال ابن حجر : كلها ضعاف (انظر نصب الراية : ٤ ص١٢٩ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤ ص٩٧ ، سبل السلام : ٣ ص٨١) .

أجيراً فليعلمه أجره »[1] .

وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : « كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع ، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك ، وأمرنا أن نكريها بذهب أو وَرِق »[2] .

وروى ابن عباس رضي الله عنه : أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره[3] .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة في زمن الصحابة على جواز الإيجار قبل وجود الأصم وابن علية وغيرهما ، لحاجة الناس إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان المحسوسة ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان ، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع[4] .

ركن الإجارة ومعناها : ركن الإيجار عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، وذلك بلفظ الإجارة والاستئجار والاكتراء والإكراء .

وأركانه عند الجمهور[5] أربعة : عاقدان (مؤجر ومستأجر) ، وصيغة (إيجاب وقبول) ، وأجرة ومنفعة .

ومعنى الإيجار لغة : بيع المنفعة . ومعناه الشرعي هو معناه اللغوي ، ولذا قال

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري ، ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وفيه انقطاع ، ووصله البيهقي من طريق أبي حنيفة . قال أبو زرعة : الصحيح موقوف أي على أبي سعيد . (انظر نصب الراية : ٤ ص١٣١ ، سبل السلام : ٣ ص٨٢ ، نيل الأوطار : ٥ ص٢٩٢) .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سعد بن أبي وقاص بلفظ : « أن أصحاب المزارع في زمن النبي ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبت ، فجاؤوا رسول الله ﷺ فاختصموا في بعض ذلك ، فنهاهم أن يكروا بذلك ، وقال : أكروا بالذهب والفضة » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص٢٧٩) .

(٣) رواه أحمد والبخاري ومسلم ، زاد البخاري في لفظ : « ولو كان سحتاً لم يعطه » (انظر نصب الراية : ٤ ص١٣٤ ، نيل الأوطار : ٥ ص٢٨٥ ، سبل السلام : ٣ ص٨٠) .

(٤) انظر المبسوط للسرخسي : ١٥ ص٧٤ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص١٤٧ ، البدائع : ٤ ص١٧٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص٢١٨ ، المهذب : ١ ص٣٩٤ ، المغني : ٥ ص٣٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص٣٣٢ .

(٥) القوانين الفقهية : ص٢٧٤ ، مغني المحتاج : ٢/٣٣٢ .

الحنفية : الإيجار : عقد على المنافع بعوض[1] . وكما لا يصح تعليق البيع ، لا يصح تعليق الإجارة ، إلا أن الإجارة يصح إضافتها إلى زمن في المستقبل عند جمهور الفقهاء ، بعكس البيع كما ذكرنا سابقاً . ولم يجز الشافعية إضافة إجارة العين للمستقبل كالبيع . وأجازوا إضافة الإجارة في الذمة ، مثل : ألزمت ذمتك حمل متاعي هذا إلى بلد كذا أول شهر كذا ؛ لأن الدين يقبل التأجيل ، كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم . وكذلك يصح عندهم في الأصح في إجارة العين : أن يؤجر المالك مدة جديدة لمستأجر عين مدة سابقة قبل انقضائها ، لاتصال المدتين مع اتحاد المأجور[2] .

وعرف **الشافعية** الإيجار فقالوا : هو عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم . ومحترزات قيود التعريف هي أنه خرج بقولهم : « منفعة » : العين ، فالعقد عليها بيع أو هبة ، وبقولهم : « مقصودة » : المنفعة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب ، وبقولهم : « معلومة » : المضاربة والجعالة على عمل مجهول . وأما قيد « قابلة للبذل والإباحة » فهو لإخراج منفعة البُضع ، فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، والقيد الأخير (أي بعوض) لإخراج هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة[3] .

وقال **المالكية** : الإيجار : تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض[4] .

---

(١) تكملة فتح القدير: ٧ ص١٤٥ ، البدائع : ٤ ص١٧٤ ، تبيين الحقائق: ٥ ص١٠٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص١ . وقد آثرنا لفظ الإيجار على لفظ الإجارة لأن الإجارة اسم للأجرة: وهي ما أعطيت من كراء الأجير، وهي ليست مصدراً لفعل «أجر» إذ لم تسمع مصدراً قط، ومن المعروف أن مصدر الفعل الثلاثي سماعي لا قياس فيه. وإذا استعملنا لفظ الإجارة أحياناً فهو مجاراة للاصطلاح الشائع.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص٣٣٨ الإجارة عند الشافعية نوعان: إجارة واردة على عين أي على منفعة مرتبطة بعين كإجارة العقار، أو إجارة دابة أو شخص معينين، ويلاحظ أن إجارة العقار لا تكون إلا من إجارة العين، لأنه لا يثبت في الذمة . وإجارة واردة على ذمة ، كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلاً ، أو كأن يلزم ذمة شخص عملاً معيناً كخياطة أو بناء أو غير ذلك (مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٣) .

(٣) مغني المحتاج: ٢ ص٣٣٢ .

(٤) الشرح الكبير للدردير: ٤ ص٢ ، الفروق للقرافي: ٤ ص٤ .

وبمثل ذلك قال الحنابلة[1] .

وإذا كانت الإجارة بيع المنافع فلا يجوز عند أكثر الفقهاء إجارة الشجر والكرم للثمر ؛ لأن الثمر عين ، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين . ولا تجوز إجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها ؛ لأن هذه أعيان ، فلا تستحق بعقد الإجارة . ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين ؛ لأن الماء عين ، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد ؛ لأن كل ذلك عين . وعلى هذا فلا تجوز إجارة البرك أو البحيرات للاصطياد أي ليصاد منها السمك[2] .

ولا تجوز إجارة المراعي ؛ لأن الكلأ عين فلا تحتمل الإجارة .

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء استئجار الفحل للضراب ؛ لأن المقصود منه النسل ، بإنزال الماء وهو عين ، وقد ثبت أنه ﷺ : « نهى عن عَسْب الفحل »[3] أي كرائه . وقد حذفت كلمة « الكراء » من باب المجاز المرسل مثل : ﴿ واسأل القرية ﴾ . ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك أعيانها ، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة لا العين[4] . لهذا كله فإن المقرر أن : « كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز إجارته وما لا فلا » .

رأي ابن القيم في إجارة الأعيان : قال ابن القيم : إن الأصل الذي سار عليه الفقهاء (وهو أن المستحق بعقد الإجارة إنما هو المنافع لا الأعيان) أصل فاسد ، فهو لم يدل عليه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح ، بل الذي دلت عليه الأصول

---

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٥ ص٣٩٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص١٩٠ ، كشاف القناع : ٣ ص٥٣٧ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص١١٠ وما بعدها .

(٣) رواه البخاري وأحمد والنسائي وأبو داود عن ابن عمر ، وروي عن آخرين بألفاظ ستأتي الإشارة إليها (نيل الأوطار : ٥ ص١٤٦) .

(٤) البدائع : ٤ ص١٧٥ .

أن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع كالثمر في الشجر، واللبن في الحيوان، والماء في البئر، ولذلك سوي بين العين والمنفعة في الوقف، فجاز وقف المنفعة كالسكنى، وجاز وقف العين كوقف الماشية للانتفاع بلبنها، وكذلك سوي بينهما في التبرعات كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده، والمنيحة لمن يشرب الشاة ثم يردها، والقرض لمن ينتفع بالدراهم ثم يرد بدلها، فكذلك في الإجارة تارة تكون على منفعة، وتارة تكون على عين تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل كلبن الظئر ونفع البئر، فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل كانت كالمنفعة، والجامع بينهما هو حدوث المقصود بالعقد شيئاً فشيئاً، سواء أكان الحادث عيناً أم منفعة[1].

المبحث الثاني ـ شروط الإجارة

يشترط في عقد الإيجار أربعة أنواع من الشروط كما في عقد البيع: وهي شروط الانعقاد، وشروط النفاذ، وشروط الصحة، وشروط اللزوم. ونشير هنا إلى بعض هذه الشروط، ونحيل ما بقي منها على ما هو مقرر في عقد البيع.

شروط الانعقاد: وهي ثلاثة أنواع: بعضها يرجع للعاقد، وبعضها يرجع لنفس العقد، وبعضها يرجع لمكان العقد. ونقتصر على ذكر ما يرجع للعاقد: وهو العقل، أي أن يكون العاقد عاقلاً، فلا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي غير العاقل كما لا ينعقد البيع منهما. ولا يشترط البلوغ للانعقاد ولا للنفاذ عند الحنفية، فلو أجر الصبي المميز ماله أو نفسه: فإن كان مأذوناً في ذلك وغيره ينفذ عقده، وإن كان محجوراً عن التصرفات يقف على إجازة وليه[2].

وقال **المالكية**: إن التمييز شرط في الإيجار والبيع، والبلوغ شرط للنفاذ،

---

(١) انظر أعلام الموقعين: ٢ ص١٥.

(٢) البدائع: ٤ ص١٧٦.

فالصبي المميز إذا أجر نفسه أو سلعته صح عقده، وتوقف العقد على رضا وليه[1].

وقال **الشافعية والحنابلة**: يشترط التكليف: وهو البلوغ والعقل لانعقاد الإيجار، لأنه عقد تمليك في الحياة، فأشبه البيع[2].

شروط النفاذ: يشترط لنفاذ عقد الإجارة توافر الملك أو الولاية، فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك أو الولاية، وإنما العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية كما في عقد البيع، خلافاً للشافعية والحنابلة.

والإجازة تلحق الإجارة الموقوفة بشروط، منها قيام المعقود عليه. فإذا أجر الفضولي، وأجاز المالك العقد ينظر[3]:

إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة، جازت إجازته، وكانت الأجرة للمالك، لأن المعقود عليه قائم.

وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته، وكانت الأجرة للعاقد، لأن المنافع المعقود عليها تلاشت في الماضي، فتكون عند الإجازة معدومة، فلا يبقى العقد بعدئذ، لفوات محله، فلا تصح الإجازة، كما عرفنا في عقد البيع ويصير العاقد الفضولي حينئذ غاصباً بالتسليم.

وقد قال الحنفية: إن الغاصب إذا آجر ما غصبه وسلم ذلك، ثم قال المالك: «أجزت ما آجرت»: فإن كانت مدة الإجارة قد انقضت فللغاصب الأجر؛ لأن المعقود عليه قد انعدم، والإجازة لا تلحق المعدوم كما قلنا. وإن كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فالأجر كله للمالك عند أبي يوسف، لأنه إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد، فكان محلاً للإجازة، فهو قد نظر إلى المدة.

---

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤ ص٣.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص٣٣٢، المغني: ٥ ص٣٩٨.

(٣) انظر البدائع: ٤ ص١٧٧.

وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر ما بقي للمالك ؛ لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقل عن غيره ، فإذا مضى بعض مدة الإجارة ، كان الماضي منعدماً حين الإجارة ، فلا يصح إلحاق الإجازة به لانعدامه ، فهو قد نظر إلى المعقود عليه .

ويجري هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيمن غصب أرضاً فأجرها للزراعة ، فأجاز صاحب الأرض عقد الإجارة .

وقال محمد : إن أعطاها الغاصب مزارعة فهنا تفصيل : إن كان الزرع قد سنبل ، ولم ييبس ، فأجاز صاحب الأرض ، جازت المزارعة ، ولا شيء للغاصب من الزرع ، لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد ، لا ينفصل بعض عملها عن بعض ، فكانت إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد . وأما إذا كان الزرع قد يبس فقد انقضى عمل المزارعة ، فلا تلحق الإجازة العقد ، ويكون الزرع حينئذ للغاصب .

شروط صحة الإجارة : يشترط لصحة الإجارة شروط تتعلق بالعاقد والمعقود عليه والمحل المعقود عليه ، والأجرة ، ونفس العقد وهي :

١ ـ **رضا المتعاقدين :** يشترط توافر رضا المتعاقدين كما في البيع ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ والإجارة تجارة ، لوجود معنى مبادلة المال بالمال فيها[١] . وهذا الشرط يتعلق بالعاقد ، وما سنذكره متعلق بالمعقود عليه .

٢ ـ أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة **معلوماً علماً يمنع من المنازعة ،** فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لا يصح العقد ؛ لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد .

---

(١) انظر البدائع : ٤ ص١٧٩ .

والعلم بالمعقود عليه : يكون ببيان محل المنفعة وبيان المدة وبيان العمل في استئجار الصناع والعمال .

أما بيان محل المنفعة : فيحصل بمعرفة العين المستأجرة بعينها ، فلو قال إنسان لآخر : آجرتك إحدى هاتين الدارين ، أو أحد هذين المركبين أو أحد هذين الصانعين ، لم يصح العقد لجهالة المعقود عليه جهالة فاحشة . ولو استأجر إنسان من آخر نهراً يابساً أو موضعاً من الأرض معلوماً ليسوق منه الماء إلى أرض له ، فيسقيها ، لم يجز في المشهور عند الحنفية ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن مقدار ما يسيل من الماء في النهر مختلف قلة وكثرة ، والكثير منه مضر بالنهر ، والمضر منه مستثنى ضمناً ، وغير المضر غير منضبط ، فصار محل المعقود عليه مجهولاً .

وروي عن محمد أنه يجوز ؛ لأن المانع من جواز العقد جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين[١] .

وأما بيان المدة : فهو مطلوب في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر (المرضع) ؛ لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه ، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة .

وتصح الإجارة على أي مدة طالت أو قصرت وهو قول أكثر العلماء ومنهم الشافعية على الصحيح[٢] ، فإنهم قالوا : يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً بحسب رأي أهل الخبرة ، ولا يقدر للإجارة أقصى مدة ، إذ لا دليل من الشرع على ذلك[٣] .

---

(١) البدائع ، المصدر السابق : ٤ ص١٨٠ ، المبسوط : ١٦ ص٤٣ ، الفروق : ٤ ص٤ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص١٤٨ .

(٢) يقول الحنفية : تصح الإجارة على أي مدة معلومة سواء أكانت طويلة أم قصيرة ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً ، إلا في الأوقاف ، فلا تجوز الإجارة الطويلة فيها على ما هو مختار ، كيلا يدعي المستأجر ملكها : (وهي ما زاد على ثلاث سنين في الضياع أي العقارات ، وعلى سنة في غيرها) ومثل ذلك إجارة أرض اليتيم (راجع اللباب شرح الكتاب : ٢ ص٨٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص١٥٠) .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص٣٤٩ ، المهذب : ١ ص٣٩٦ ، المغني : ٥ ص٤٠١ ، غاية المنتهى : ٢ ص٢٠١ .

ولا يشترط عند الحنفية تعيين ابتداء مدة الإجارة ، فإذا كان العقد مطلقاً عن تعيين ابتداء المدة ، تعين الزمن الذي يعقب العقد ، وهو الشهر الذي يأتي بعد العقد .

وقال الشافعية : يشترط تعيين مدة الابتداء التي تلي العقد نصاً ؛ لأن عدم التعيين يؤدي إلى جهالة الوقت الموجبة لجهالة المعقود عليه[1] .

وإن وقعت الإجارة شهراً أو شهوراً أو سنين معلومة في أول الشهر يعتبر الشهر بالأهلة ، وإن وقعت في بعض الشهر يعتبر الشهر بالأيام ثلاثين يوماً لتعذر اعتبار الأهلة ، فتعتبر الأيام . وكذلك الأمر في الشهور والسنين فإذا كان العقد في أول الشهر فشهور السنة كلها بالأهلة ، لأنها هي الأصل ، وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة ، وفي رواية عن أبي يوسف .

وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة وهو رأي محمد ومذهب الشافعية : إذا استأجر داراً لمدة سنة في بعض الشهر ، فإنه يسكن بقية هذا الشهر بالأيام ، ويكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير ، والباقي من السنة وهو أحد عشر شهراً بالأهلة ؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة ، والضرورة قائمة في الشهر الأول فقط من السنة . ووجه الرواية الأولى أنه متى تم الشهر الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة ، وهكذا إلى آخر السنة[2] .

الإجارة مشاهرة : تشدد الشافعية في شرط معرفة المدة ، فقالوا في الصحيح عندهم : إن آجر شخص داره كل شهر بدينار مثلاً ، أو كل يوم أو كل جمعة أو كل سنة بكذا ، فالإجارة باطلة ؛ لأن كل شهر يحتاج إلى عقد جديد لإفراده بأجرة معينة ، ولم يوجد عقد ، وذلك يقتضي البطلان ، هذا بالإضافة إلى جهالة مدة الإجارة ،

---

(١) المهذب ، المصدر السابق .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص١٧٨ ، البدائع : ٤ ص١٨١ ، المبسوط : ١٥ ص١٣٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص١٢٣ ، المهذب : ١ ص٣٩٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص٣٥ .

فصار كما لو قال : آجرتك مدة أو شهراً[1] .

وقال جمهور الفقهاء : تصح الإجارة في الشهر الأول وتلزم ، وأما ما عداه من الشهور فلا يلزم إلا بالدخول فيه أو التلبس فيه ؛ لأن شروعه مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضا ببذله جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كبيع المعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها[2] .

وأما بيان العمل في استئجار الصناع والعمال فهو أمر مطلوب منعاً من الجهالة ؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، فلو استأجر عاملاً ، ولم يسم له العمل من الخياطة والرعي وعزق الأرض ونحوه لم يجز العقد .

وإذا كان الأجير مشتركاً فلا بد من بيان المعمول فيه إما بالإشارة والتعيين ، او ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة ، فلو استأجر شخص حفاراً لحفر بئر فلا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر ونوعها وعرضها ؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف هذه الأوضاع[3] .

تعيين المدة والعمل : إذا كان لا بد من تعيين المدة في إجارة المنافع كإجارة المنازل ونحوها ، وتعيين نوع العمل في الإجارة على الأعمال كالخياطة ونحوها ، فهل يجوز الجمع بين اشتراط المدة والعمل معاً ؟

قال الحنفية : لا يشترط في إجارة المنافع تعيين العمل ، فلو استأجر رجل داراً أو حانوتاً ، ولم يسم ما يعمل فيه ، جازت الإجارة ، وله أن يسكن فيه بنفسه مع غيره ، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة ، وله أن يضع فيه متاعاً وغيره ، غير أنه لا يستعمل البناء بما يضره ويوهنه ولا يجعل فيه حداداً ولا قصاراً ولا

---

(١) المهذب : ١ ص٣٩٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص٣٤٠ ، الميزان للشعراني : ٢ ص٩٥ .

(٢) البدائع : ٤ ص١٨٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص١٢٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص٤٤ ، المغني : ٥ ص٤٠٩ ، القوانين الفقهية : ص٢٧٥ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٤ ص١٨٤ ، المبسوط : ١٦ ص٤٧ .

طحاناً ؛ لأن العقد المطلق عن الشرط مقيد بالعرف المألوف .

وأما في الإجارة على الأعمال ، فيشترط بيان المدة في استئجار الراعي المشترك لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه . وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك ، فلا يشترط بيان المدة ؛ لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه . وأما الأجير الخاص ، فلا يشترط في العقد معه بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته ، وإنما يشترط بيان المدة فقط . كذلك يشترط بيان المدة في استئجار الظئر .

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اجتماع المدة مع العمل[1] ، فقال أبو حنيفة : متى تعينت المدة لم يجز تقدير العمل . وقال الصاحبان : يجوز التقدير بهما معاً . وعلى هذا : إذا قال رجل لآخر : استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم ، أو لتقصر هذا الثوب اليوم ، أو لتخبز قفيز دقيق اليوم ، فالإجارة فاسدة عند أبي حنيفة . وجائزة عند الصاحبين .

وإذا استأجر شخص دابة إلى بلد أياماً معينة ، فالإجارة فاسدة عند الإمام . وعند صاحبيه جائزة .

وجه قول الصاحبين : أن المعقود عليه هو العمل لأنه هو المقصود ، والعمل معلوم ، والقصد من ذكر المدة هو التعجيل ، فلم تكن المدة معقوداً عليها ، فلا يمنع ذكرها جواز العقد . وإذا وقعت الإجارة على العمل : فإن فرغ الأجير منه قبل تمام المدة فله كمال الأجر ، وإن لم يفرغ منه في اليوم ، فعليه أن يعمله في الغد .

ووجه قول أبي حنيفة : أن المعقود عليه مجهول ، لأن العاقد ذكر أمرين : هما العمل والمدة ، وكل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد . هذا مع العلم بأنه لا يمكن الجمع بين العمل والمدة في كون كل واحد منهما معقوداً عليه ؛ لأن حكمهما مختلف ؛ إذ أن العقد على المدة يقتضي وجوب

---

(١) راجع البدائع : ٤ ص ١٨٤ وما بعدها .

الأجر من غير عمل ؛ لأن الأجير يصبح أجيراً خاصاً ؛ والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل ؛ لأن الأجير يصبح أجيراً مشتركاً ، فكان المعقود عليه أحدهما ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فكان المعقود عليه مجهولاً .

وقال الحنابلة : إذا عقدت الإجارة على عمل كبناء حائط ، وخياطة قميص ، وحمل إلى موضع معين ، فإذا كان المأجور مما له عمل ينضبط كالحيوان ، جاز تقدير إجارته بمدة وعمل ؛ لأن المأجور له عمل تتقدر منافعه به . وإن لم يكن المأجور له عمل كالدار والأرض ، لم تجز إجارته إلا على مدة ، ومتى تقدرت المدة ، لم يجز تقدير العمل ، لأن الجمع بينهما يزيد الايجار غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل المأجور في بقية المدة ، فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة . وقد لا يفرغ الأجير من العمل في المدة ، فإن أتمه بعدها عمل في غير المدة ، وإن لم يعمله ، لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرز عنه[1] .

وقال المالكية والشافعية في الأصح : لا يجوز في إجارة الأعمال كخياطة الثوب ونحوها الجمع بين الزمان والعمل ، فلا يصح أن يعين زمان الخياطة بأن يقول الشخص للخياط : اليوم أو بعد أسبوع مثلاً ، فتفسد الإجارة ؛ لأنه يوجب الغرر بتوقع تعذر العمل في ذلك اليوم أو الأسبوع ، فقد يتقدم العمل أو يتأخر ، كما لو أسلم رجل في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا ، لا يصح العقد لاحتمال أن يزيد الوزن أو ينقص . وعلى هذا فالمصلحة ونفي الغرر عن العقد يوجبان بقاء العقد مطلقاً دون تحديد مدة معينة[2] .

٣ ـ **أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً** : فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حقيقة كإجارة البعير الشارد والأخرس للكلام ، أو شرعاً كإجارة

---

(١) المغني : ٥ ص ٤٠٢ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) الفروق للقرافي : ٤ ص ١٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٤٠ .

الحائض لكنس المسجد، والطبيب لقلع سن صحيحة، والساحر على تعليم السحر. وهذا باتفاق الفقهاء. ولا تجوز إجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة وزفر والحنابلة، كأن يؤجر نصيباً من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك، سواء أكان النصيب معلوماً كالربع ونحوه، أم مجهولا؛ لأن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه؛ لأنه سهم شائع ضمن كل، وإنما يتصور تسليمه مع غيره وهو غير معقود عليه، فلا يتصور تسليمه شرعاً. وأما الإجارة من الشريك فهي جائزة على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة؛ لأن المعقود عليه مقدور الاستيفاء بدون المهايأة، إذ منفعة كل الدار تحدث مثلاً على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين: بعضها بسبب الملك، وبعضها بسبب الإجارة. وأما الشيوع الطارئ فلا يؤثر على الإجارة في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة أيضاً؛ لأن المانع من جواز العقد وهو الشيوع كان بسبب عدم القدرة على التسليم، والقدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء العقد ودوامه، إذ ليس كل ما يشترط في إنشاء العقد عند ابتدائه يشترط لبقاء العقد[1].

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء: تجوز إجارة المشاع مطلقاً من الشريك وغيره؛ لأن للمشاع منفعة، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ، كما يجوز ذلك في البيع، والإجارة أحد نوعي البيع[2].

ويترتب على اشتراط القدرة على الاستيفاء عند الحنفية مسائل:

أ ـ لو استأجر إنسان طريقاً في دار غيره ليمر فيها وقتاً معلوماً لم يجز عند أبي حنيفة، ويجوز في قول الصاحبين؛ لأن إجارة المشاع فاسدة عند الإمام، وجائزة عند الصاحبين.

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية: ٧ ص ١٨٠، البدائع: ٤ ص ١٨٧، تبيين الحقائق: ٥ ص ١٢٥، رد المحتار على الدر المختار: ٥ ص ٣٢، غاية المنتهى: ٢ ص ١٩٧، الشرح الكبير: ٤ ص ١٩.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٢٢٥، الميزان: ٢ ص ٩٦، المهذب: ١ ص ٣٩٥.

ب ـ لو استأجر شخص أرضاً فيها رطبة[1] (فصفصة) لمدة سنة مثلا فلا تجوز الإجارة ، وإنما تقع فاسدة ، لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بإحداث ضرر ، وهو قلع الرطبة ، والإنسان لا يجبر على إلحاق الضرر بنفسه ، فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً ، فلم تجز. فإن قلع صاحب الأرض الرطبة ، وسلم الأرض بيضاء ، جاز العقد ، لأن المانع قد زال ، مثل أن يشتري إنسان جذعاً في سقف إذا نزعه البائع وسلمه إلى المشتري جاز العقد ، ويجبر المشتري على القبول في الحالتين .

جـ ـ لو استأجر شخص رجلاً للقيام بالبيع والشراء ، فلا تجوز الإجارة ؛ لأن البيع والشراء لا يتم بشخص واحد ، بل بعاقدين هما البائع والمشتري ، وذلك غير مقدور للشخص ، فتفسد الإجارة على هذه المهمة ، إذ أن الأجير لا يقدر على إيفاء المنفعة بنفسه ، والمستأجر لا يقدر بالتالي على الاستيفاء ، فصار العقد ، كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه ، وهو لا يقدر على حملها بنفسه .

فإن عين المستأجر للقيام بمهمة البيع والشراء مدة ، كأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري ، جاز العقد ؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة ، وهي معلومة .

د ـ لا يصح استئجار الفحل للإنزاء ، واستئجار الكلب المعلم ، والبازي المعلم للاصطياد ؛ لأن المنفعة غير مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب والإنزال ، ولا إجبار الكلب والبازي على الصيد .

هذا رأي جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة[2] ؛ لأن الرسول ﷺ نهى عن عسب الفحل أي أجرة ضرابه[3] . وأجاز الإمام مالك العقد إذا كانت الإجارة

---

(١) الرطبة ـ بفتح الراء : الفصة ، فإذا يبست فهي قت (الجت) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٩ ، البدائع : ٤ ص ١٨٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣٨ ، المغني : ٥ ص ٥٠٠ ، المهذب :١ ص ٣٩٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٧ .

(٣) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد عن ابن عمر ، وروي أيضاً عن عدة من الصحابة مثل أنس وابن عباس وعلي وأبي هريرة . وفي بعض ألفاظه : « نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل » (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٦) .

على مدة معلومة تشبيهاً للمذكور بسائر المنافع[1] .

٤ ـ أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعاً : كاستئجار كتاب للنظر والقراءة فيه والنقل منه ، واستئجار دار للسكنى فيها ، وشبكة للصيد ونحوها .

يتفرع على هذا الشرط أنه باتفاق الفقهاء[2] : لا يجوز الاستئجار على المعاصي كاستئجار الإنسان للعب واللهو المحرم وتعليم السحر والشعر المحرم وانتساخ كتب البدع المحرمة ، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح ، لأنه استئجار على معصية ، والمعصية لا تستحق بالعقد . أما الاستئجار لكتابة الغناء والنوح فهو جائز عند الحنفية فقط ؛ لأن الممنوع عنه نفس الغناء والنوح ، لا كتابتها . فالقاعدة الفقهية إذاً : أن «الاستئجار على المعصية لا يجوز»[3] .

وكذلك لا يجوز استئجار رجل لقتل رجل أو سجنه أو ضربه ظلماً أو لأي مظلمة أخرى ، لأنه استئجار لفعل المعصية ، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً . فإن كان الفعل بحق كأن استأجر رجل غيره لقطع عضو فيجوز ؛ لأنه مقدور الاستيفاء ؛ لأن محله معلوم . أما الاستئجار على القصاص فلا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن القتل بضرب العنق قد يصيب العنق فيكون مشروعاً ، وقد يصيب غير العنق فيكون محظوراً ؛ لأنه مُثْلة بالإنسان . ويجوز العقد عند محمد ؛ لأن القصاص هو حز الرقبة ، والرقبة معلومة ، فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء[4] .

وكذلك لا يجوز لذمي استئجار دار من مسلم في بلد إسلامية ليتخذها مصلى

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٣٢٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ .

(٢) تكلمة فتح القدير : ٧ ص ١٨٠ ، البدائع : ٤ ص ١٨٩ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١٢٥ ، الشرح الكبير : ٤ ص ٢١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢١٨ ، المهذب : ١ ص ٣٩٤ ، المغني : ٥ ص ٥٠٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٦ ، الفروق للقرافي : ٤ ص ٤ .

(٣) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ٧٦ .

(٤) البدائع : ٤ ص ١٨٩ .

للناس أو لبيع الخمر أو للقمار؛ لأنه استئجار على المعصية، وهذا رأي جمهور العلماء. وكان أبو حنيفة يجيز الاستئجار للمصلى في سواد العراق؛ لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل ذمة من المجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين[1].

٥ـ ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة:.

ويترتب عليه أنه لا تصح الإجارة إذا كانت واردة على القيام بفرض أو واجب على الأجير قبل العقد؛ لأن من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الأجرة على فعله، كمن قضى ديناً عليه، فلا تصح الإجارة إذاً على القرب والطاعات كالصلاة والصوم والحج والإمامة والأذان وتعليم القرآن؛ لأنه في الفرائض استئجار على عمل مفروض، ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة، وعن تعليم القرآن والعلم[2] وقد روي أن عثمان بن أبي العاص قال: «إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً» قال الترمذي: حديث حسن[3]، وهذا محل اتفاق بين الحنفية والحنابلة. ومن قواعد الحنفية في هذا «لا يستحق الأجر من استؤجر على الطاعة» «الاستئجار لما هو مستحق عليه لا يجوز» فمن استأجر امرأته شهراً لخدمة البيت لا تجوز هذه الإجارة لأنها مستحقة عليها.

---

(١) البدائع: ٤ ص ١٧٦، المبسوط: ١٦ ص ٣٨، المغني: ٥ ص ٥٠٣.

(٢) البدائع: ٤ ص ١٩١، المغني: ٥ ص ٥٠٦ وما بعدها، المبسوط: ١٦ ص ٣٧، تبيين الحقائق: ٥ ص ١٢٤، رد المحتار على الدر المختار: ٥ ص ٣٨، غاية المنتهى: ٢ ص ٢٠٥، ٢١٧، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٧٥، ٢٨٤، الإفصاح لابن هبيرة: ص ٢٢٦.

(٣) أخرجه أصحاب السنن الأربع بطرق مختلفة، وهذا اللفظ للترمذي وابن ماجه (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٣٩).

ثم أفتى المتأخرون من العلماء بجواز أخذ المعلم أجرة المثل في زمانه على تعليم القرآن .

وقال الإمامان مالك والشافعي[1] : تجوز الإجارة على تعليم القرآن لأنه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم ولأن رسول الله ﷺ « زوج رجلاً بما معه من القرآن »[2] فجاز جعل القرآن عوضاً ، وقد قال رسول الله ﷺ : « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »[3] وهو حديث صحيح . وثبت أن أبا سعيد الخدري رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جُعْل ، فبرئ ، وأخذ أصحابه الجعل ، فأتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال : « لعمري من أُكُل برقيةِ باطلٍ (أي كلام باطل) فقد أكلتَ برقيةِ حقٍ ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم »[4] .

قال صاحب الكنز الحنفي : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم **القرآن** ، وهو مذهب المتأخرة من مشايخ بلخ[5] .

وأجاز المالكية أخذ الأجرة على الأذان مع الإمامة والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها قياساً على الأفعال غير الواجبة ، كما أجازوا هم والشافعية الإجارة على الحج لإقرار الرسول عليه السلام حج صحابي عن غيره ، أما الإمامة في الفروض فلا يجوز فيها الإجارة عند الشافعية ، ولا يجوز ذلك بانفرادها عن الأذان في المشهور

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٦ ، بداية المجتهد : ١ ص ٢٢١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٤٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٨ ، الميزان : ٢ ص ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد ولفظه « قد زوجتكها بما معك من القرآن » (انظر نيل الأوطار : ٦ ص ١٧٠) .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الطب عن ابن عباس وروي في معناه أحاديث كثيرة (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٤ ، سبل السلام : ٣ ص ٨١) .

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا النسائي عن أبي سعيد الخدري ، ورويت واقعة أيضاً عن خارجة بن السلط عن عمه ، كما رويت أخرى عن جابر (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٨٩ ، ٢٩١ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٦) .

(٥) تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٤ .

عند المالكية[1] .

ويجوز بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها وبناء المساجد والقناطر والرباطات ؛ لأنها ليست بفرض ولا بواجب . وقد تقع قربة تارة ، وتارة غير قربة .

ولا يجوز عند الحنفية الاستئجار على غسل الميت ؛ لأنه واجب ، ويجوز على حفر القبور ، وعلى حمل الجنائز . وأجاز الشافعية الإجارة لتجهيز ميت ودفنه . والتجهيز يشمل الغسل والتكفين ؛ لأن ذلك من فروض الكفايات ، ولا يضر طروء تعين الواجب كالمضطر ، فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل .

ولا يجوز استئجار الرجل الزوجة على رضاع ولده منها ؛ لأنه استئجار على خدمة الولد ، وإنما اللبن يدخل فيه تبعاً ، فكان الاستئجار على أمر واجب عليها فيما بينها وبين الله تعالى[2] .

٦ ـ ألا ينتفع الأجير بعمله : فإن كان ينتفع به لم يجز[3] ، فلا تصح الإجارة على الطاعات ؛ لأن القائم بها عامل لنفسه ، كما لا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر قفيزاً من حنطة بجزء من دقيقها ، أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه ، لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر ، فيكون عاملاً لنفسه ، وقد روي أن

(١) انظر سبل السلام : ٢ ص ١٨١ ، ١٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٤٤ ، الفروق للقرافي : ٣ ص ٢ ، الوسيط في الأصول للمؤلف : ص ٣٧٩ ط أولى .

(٢) البدائع : ٤ ص ١٩٢ .

(٣) قال الشافعية : الإجارة للقرآن على القبر مدة معلومة ، أو قدراً معلوماً ، جائزة ، للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ، ويكون الميت كالحي الحاضر ، سواء أعقب القرآن الدعاء ، أم جعل أجر قراءته له ، أم لا ، فتعود منفعة القرآن إلى الميت في ذلك ، ولأن الدعاء يلحقه ، وهو بعدها أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة . فقول الشافعي رضي الله عنه : إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك (مغني المحتاج : ٣٤١/٢) .

رسول الله ﷺ وسلم نهى عن قفيز الطحان[1] وهو أن يعطي الرجل الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها . وهذا هو رأي الشافعية أيضاً[2] عملاً بالنهي في هذا الحديث ، ولأن فيه نقضاً لشرط من شرائط الإجارة وهو القدرة على تسليم الأجر وقت التعاقد .

فالقاعدة المقررة عند الحنفية في هذا الشأن هي : « تعيين الأجر مما يعمل فيه الأجير مفسد للعقد » .

وقال الحنابلة والمالكية : يجوز ذلك إذا كان الكيل معلوماً ، والحديث لم تثبت صحته عندهم[3] .

ومنه : ما يتعامل به الزراع في الريف من إعطاء بعض القمح لدارسه أو حامله فقد أجازه الحنابلة .

٧ ـ أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ، ويجري بها التعامل بين الناس ، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب[4] عليها

---

(١) رواه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال : « نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل (أي كرائه) وعن قفيز الطحان » وفسر قوم قفيز الطحان بطحن الطعام بجزء منه مطحوناً لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة ، لكل واحد منهما على الآخر ، وذلك متناقض (راجع نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٢ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٥) .

(٢) البدائع ، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ٧٨ .

(٣) المغني : ٥ ص ٤٤٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٤) ذكر القرافي المالكي في الفروق (٣/٤ ـ ٤) ثمانية شروط في المنفعة التي تجوز عليها الإجارة وهي : الأول ـ الإباحة : احترازاً من الغناء وآلات الطرب ونحوها . الثاني ـ قبول المنفعة للمعاوضة ، احترازاً من النكاح . الثالث ـ كون المنفعة متقدمة ، احترازاً من التافه الحقير الذي لا يقابل بعوض . واختلف في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب ، فمنعه ابن القاسم . الرابع ـ تكون مملوكة ، احترازاً من الأوقاف الموقوفة للسكنى كبيوت المدارس ، الخامس ـ ألا يتضمن استيفاء عين ، احترازاً من اجارة الأشجار لثارها أو الغنمة لنتاجها ، واستثني من ذلك إجارة المرضع للبنها للضرورة في الحضانة . السادس ـ أن يقدر على تسليمها ، احترازاً من استئجار الأخرس . السابع ـ أن تحصل للمستأجر احترازاً من الاستئجار على العبادات كالصوم ونحوه . الثامن ـ كونها معلومة احترازاً عن المجهولات من المنافع كمن استأجر آلة لا يدري ما يعمل بها .

والاستظلال بها ؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر[1] .

وأما شرط المحل المعقود عليه : فهو أن يكون مقبوضاً إذا كان منقولا ، وإن لم يكن مقبوضاً فلا تصح إجارته لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض[2] ، والإجارة نوع من البيع فيشملها النهي[3] .

فإن كان الشيء المؤجر عقاراً فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في مبحث البيع الفاسد .

وأما شروط الأجرة فهي[4] :

أولاً - أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً : وهذا باتفاق العلماء . ومحترزات هذا الشرط معروفة كما مر في عقد البيع . والأصل في اشتراط العلم بالأجرة قول النبي ﷺ : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين ، أو بالبيان[5] .

ولا بد من معرفة مكان إيفاء الأجرة فيما يحتاج لحمل ومؤنة عند أبي حنيفة . وأما عند الصاحبين : فلا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد للإيفاء[6] .

ومما يتفرع على شرط العلم بالأجرة أنه لو استأجر إنسان شخصاً بأجر معلوم

---

(١) البدائع ، المصدر السابق .

(٢) في هذا أحاديث منها ما رواه أحمد ومسلم عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٧ وقد سبق ذكر بعض رواياته) ومنها ما أخرجه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٨٣ وما بعدها) .

(٣) البدائع : ٤ ص ١٩٣ .

(٤) البدائع ، المصدر السابق : ١٩٣ - ١٩٤ .

(٥) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٤٨ ، ١٨٧ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ ، المغني : ٥ ص ٤٠٤ .

(٦) المبسوط : ١٥ ص ١١٣ .

وبطعامه ، أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها ، لم تجز الإجارة ؛ لأن الطعام أو العلف يصير أجرة ، وهو قدر مجهول ، فكانت الأجرة مجهولة .

وأجاز المالكية استئجار الأجير للخدمة ، والدابة ونحوها بالطعام والكسوة ونحوها عملاً بالمتعارف بين الناس[١] .

استئجار الظئر : ولو استأجر شخص ظئراً (مرضعاً) بطعامها وكسوتها لا تجوز الإجارة بمقتضى الأخذ بالقياس : وهو قول الصاحبين ، لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة ، إلا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص : وهو قوله تعالى : ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾ فقد نفى الله سبحانه الجناح في الاسترضاع مطلقاً . وجهالة الأجرة في تلك الحالة لا تفضي إلى المنازعة ؛ لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظآر والتوسعة عليهن شفقة على الأولاد ، فأشبهت حالة جهالة القفيز من الصبرة[٢] . وبهذا الرأي قال المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً[٣] .

كون الأجرة جزءاً من المعقود عليه : قال الجمهور : تفسد الإجارة لو استأجر السلاخ بالجلد ، والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، وما مقدار الطحين ، فقد تكون الحبوب مسوسة ، فلا تصح الإجارة لجهالة العوض[٤] ، ولأنه ﷺ نهى عن عَسْب الفحل وعن قفيز الطحان[٥] ، وأجازه المالكية[٦] لأنه استأجره على جزء من الطعام

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٨٥ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١١٩ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٧ .

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ١٣ ، الفروق للقرافي : ٤ ص ٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٢ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٥٠ ، ٤٥٣ .

(٤) المغني : ٤٠٥/٥ .

(٥) رواه الدارقطني عن أبي سعيد (نيل الأوطار : ٢٩٢/٥) .

(٦) بداية المجتهد : ٢٢٢/٢ وما بعدها .

معلوم، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضاً، وأجابوا عن الحديث بأن مقدار القفيز مجهول. ووافق الهادوية والإمام يحي من الزيدية والمزني والحنابلة مذهب المالكية إذا كانت الأجرة بقدر من الدقيق معلوم.

مقابل الخلو: إن ما يؤخذ اليوم مما يسمى «بالفروغ أو خلو الرجل أو اليد» لا مانع منه شرعاً في تقديرنا، فللمالك المؤجر أن يأخذ من المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال مقابل الخلو أو الفروغ. ويعد المأخوذ جزءاً معجلاً من الأجرة المشروطة في العقد. وأما ما يدفع في المستقبل شهرياً أو سنوياً فهو بالإضافة إلى ما تم تعجيله يعد جزءاً آخر مكملاً من الأجرة مؤجل الوفاء.

وأما ما يأخذه المستأجر من الفروغ مقابل تنازله عن اختصاصه بمنفعة العقار المأجور لشخص آخر يحل محله فهو جائز أيضاً، فقد صرح الشافعية أثناء كلامهم عن صيغة عقد البيع بما يقارب هذا المعنى فقالوا: «لا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص ـ أي عند التنازل عن حيازة النجاسات لتسميد الأرض ـ كأن يقول: رفعت يدي عن هذا الاختصاص، ولا يبعد جواز أخذ العوض عن نقل اليد، كما في النزول عن الوظائف»[1] إلا أن ذلك كله مقيد شرعاً ضمن مدة الايجار المتفق عليها، وتنازل المستأجر لغيره بعوض مرهون برضا المالك. وبالرغم من أن أصل المذهب الحنفي لا يجيز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة، وكذا لا يجوز بيع الحق، فإن كثيراً من الحنفية أفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال كالإمامة والخطابة والأذان ونحوها، وتستند هذه الفتوى إلى الضرورة وتعارف الناس وبالقياس على ترك المرأة قَسْمها لصاحبتها؛ لأن كلاً منهما مجرد إسقاط للحق، وقياساً على أنه يجوز لمتولي النظر على الأوقاف عزل نفسه عند القاضي، ومن العزل: الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره، وقد جرى العرف بالفراغ بعوض[2].

---

(١) حاشية البجيرمي على شرح الخطيب «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»: ٣ ص ٣، مطبعة البابي الحلبي.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤ ص ١٥.

هذا وقد وجدت رسالة للمتأخرين من علماء المالكية بعنوان « جملة تقارير وفتاوى في الخلوات والإنزالات[1] عند التونسيين » لمفتي المالكية إبراهيم الرياحي بتونس (المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ) والشيخ محمد بيرم الرابع التونسي ، والشيخ الشاذلي بن صالح باس مفتي المالكية بتونس ، والشيخ محمد السنوسي قاضي تونس يقررون فيها جواز المعاوضة عن الخلوات عملاً بالعرف والعادة ، ولأن المستأجر يملك المنفعة ، فله أن يتنازل عنها بعوض كالإجارة وبغير عوض كالإعارة[2] ، فقد نقل البناني عن البرزلي في النزول عن الوظيفة ما يقتضي جوازه ، ونقل فتوى الفاسيين بجواز بيع الخلو. وقال الشيخ محمد بيرم : وما أشبه الخلو بالمغارسة ، غير أن الخلو لا تحصل به ملكية الرقبة لتعلقه بالمنفعة .

ثانياً - ألا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه : كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ، والركوب بالركوب ، والزراعة بالزراعة . وهذا الشرط متفرع عند الحنفية على الربا ، فإنهم يعتبرون اتحاد الجنس وحده صالحاً لتحريم العقد في ربا النسيئة ، كما عرفنا في بحث الربا . وتطبيق المبدأ في الإجارة : هو أن انعقاد هذا العقد عندهم ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة ، فتكون المنفعة وقت العقد معدومة ، فيتأخر قبض أحد العاقدين ، فيتحقق ربا النساء[3] . وقد عرفنا أن الجنس بانفراده لا يحرم العقد بسبب الربا عند الشافعية ، فيجوز هذا العقد عندهم ، ولا يشترط هذا الشرط .

---

(١) الخلو والإنزال والجلسة بمعنى واحد : وهو المنفعة التي يملكها دافع الدراهم لمالك الأصل مع بقاء ملكه للرقبة . فإن كانت الرقبة التي هي الأصل أرضاً عبر عن تلك المنفعة بالإنزال في اصطلاح بعض الناس. وإن كانت في حوانيت أو دور عبر عنها بالخلو في غير اصطلاح أهل فاس ، وفي اصطلاحهم يعبر عنها في الحوانيت بالجلسة .

(٢) راجع الفروق للقرافي : ١٨٧/١ .

(٣) انظر البدائع : ٤ ص ١٩٤ .

وأما الشرط العائد لركن العقد :

فهو أن يخلو العقد من شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه : فلو آجر المالك داره على أن يسكنها هو شهراً ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر أرضاً على أن يزرعها ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر دابة على أن يركبها شهراً ونحوه ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ؛ إذ أن فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين مشروطة في العقد ، لا يقابلها عوض ، فتكون ربا ، أو فيها شبهة الربا ، وهو مفسد للعقد[1] .

شروط لزوم الإجارة :

يشترط لبقاء عقد الإجارة لازماً شرطان :

أولها ـ سلامة العين المؤجرة عن حدوث عيب يخل بالانتفاع بها :

ويترتب عليه أنه لو حدث عيب يخل بالانتفاع[2] ، فيكون المستأجر بالخيار بين الإبقاء على الإجارة ودفع كامل الأجرة وبين فسخها ، كما إذا حدث بالدابة المؤجرة مرض أو عرج أو انهدم بعض بناء الدار[3] ؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع يحدث شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب بالشيء المستأجر كان هذا عيباً قبل القبض ، فيوجب الخيار كما في عقد البيع[4] .

فإذا انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى (الطاحون) أو انقطع الشِّرْب

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) العيب الذي يخل بالانتفاع : هو الذي يفوت كلياً على المستأجر المنفعة المقصودة من المأجور كانهدام الدار ، أو يخل بها على وجه صحيح كهبوط سطح الدار (انظر المادة ٥١٤ مجلة) .

(٣) هذا ما يراه بعض الحنفية ومشى عليه صاحب الدر المختار ، لكن قال ابن الشحنة : ظاهر الرواية أنه لا يسقط من الأجر شيء بانهدام بيت أو حائط من دار .

(٤) البدائع ، المصدر السابق : ص ١٩٥ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٢٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٣ .

عن الأرض انفسحت الإجـارة ؛ لأن المعقود عليـه قـد هلـك ، والهلاك موجب لفسخ العقد ؛ إلا أن الأصح عند الحنفيـة هو أن العقـد لا ينفسخ ولكن يثبت حق الفسخ ، لأن المعقود عليه قد فات على وجه يتصور عوده ، فصار كمن اشترى شيئـاً فهرب قبل القبض ، ويمكنه الانتفاع في المأجور في الجملة بأن يضرب فيه خيمة .

وإن زال العيب قبل أن يفسخ المستأجر عقد الإجارة بـأن صح المريض ، وزال العرج عن الدابة وبنى المؤجر ما سقط من الدار ، بطل خيار المستـأجر بـالفسخ ؛ لأن الموجب للخيار قد زال ، والعقد قائم ، فيزول الخيار .

وحق الفسخ يثبت للمستأجر إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع ؛ لأن النقصـان حينئذ يرجع للمعقود عليه . فإن كان العيب ممـا لا يضر بـانتفـاع المستـأجر كسقوط حائط من الدار لا ينتفع فيه في سكناها فلا يثبت حق الفسخ .

والمستأجر يمارس الفسخ إذا كان المؤجر حـاضراً أثنـاء الفسخ ، فـإن كان غـائبـاً فحدث بالشيء المستأجر ما يوجب الفسخ ، فليس للمستأجر الفسخ ؛ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما .

أما في حالة سقوط الدار أو انهدامها فللمستأجر أن يخرج منها ، سواء أكان المؤجر حاضراً أم غائباً ، وهذا دليل الانفساخ .

ويثبت أيضـاً للمستـأجر حـق الفسـخ بحـدوث تفرق الصفقـة في المنـافـع بعـد حصولهـا مجتمعـة ؛ لأن الصفقـة تفرقت في المعقود عليـه وهو المنـافع ، وتفرق الصفقـة يوجب الخيار . مثاله أن يستأجر شخص دارين صفقة واحدة ، فتسقط إحداهمـا ، أو يطرأ مـانع يمنع المستـأجر من إحـداهمـا ، أو أن يستـأجر شخص داراً واحـدة ثم يمتنع المؤجر عن تسليم بيت منها ، فيحق للمستأجر فسخ العقد لتجزئة الصفقة عليه[1] .

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٦ وما بعدها .

ثانيها ـ عدم حدوث عذر يجيز فسخ الإجارة : كما إذا حدث عذر بأحد العاقدين أو بالشيء المأجور فيحق للمتعاقد فسخ العقد . وسنبين فيما يلي الأعذار التي تفسخ الإجارة بها .

أعذار فسخ الإجارة :

تفسخ الإجارة بالأعذار عند الحنفية ؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . والعذر : هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ . قال ابن عابدين : كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ[1] .

وقال جمهور العلماء : الإجارة عقد لازم كالبيع ، فلا تفسخ كسائر العقود اللازمة من أي عاقد بلا موجب كوجود عيب أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وعبارة الشافعية هي : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود (بفتح الواو) حمام على مستأجر ، وسفر عرض لمستأجر دار مثلاً ، ومرض مستأجر دابة لسفر عليها ، إذ لا خلل في المعقود عليه ، والاستنابة من كل منهما ممكنة ، وإنما تنفسخ الإجارة فقط عند فوات المعقود عليه وهو المنفعة كانهدام الدار وموت الدابة والأجير المعينين .

والفسخ بالنسبة للمستقبل لا في الزمن الماضي ، أو عند وجود عيب في الشيء المؤجر مثل جموح الدابة أو نفورها ، أو كونها عضوضاً ، أو تعثر الظهر في المشي ، أو العرج أو ضعف البصر أو الجذام أو البرص[2] .

---

(١) رد المحتار : ٥ ص ٥٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٤٠٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، المغني : ٥ ص ٤١٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠٩ .

وقد قسم الحنفية الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع[1] :

١ ـ **عذر من جانب المستأجر** : مثل إفلاس المستأجر، أو انتقاله من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى أخرى ؛ لأن المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، لا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً . ومثله السفر أي انتقال المستأجر عن البلد ؛ لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به .

ويترتب عليه أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو بدنه فله فسخ الإجارة، كما إذا استأجر شخص رجلاً لتنظيف ثياب وكيها، أو خياطتها، أو داراً له، أو ليقطع شجراً أو ليزرع أرضاً، أو ليحدث في ملكه شيئاً من بناء أو حفر أو ليحتجم أو يفتصد أو يقلع ضرساً له، ونحوه، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء مما ذكر ؛ لأنه تبين له ألا مصلحة له في العمل، فبقي الفعل ضرراً في نفسه .

٢ ـ **عذر من جانب المؤجر** : مثل لحوق دين فادح به لا يجد طريقاً لقضائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، هذا إذا ثبت الدين قبل الإجارة بالبينة أو بالإقرار، أو ثبت عقد الإجارة بالبينة، وكذا بالإقرار عند أبي حنيفة ؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذباً . وأما عند الصاحبين : فلا يقبل ثبوت الدين بالإقرار بعد الإجارة، لأنه متهم في هذا الإقرار.

ومثل أن يشتري المؤجر شيئاً ثم يؤجره، ثم يطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب .

ولا يعد السفر أو النقلة عن البلد عذراً للمؤجر يبيح له فسخ الإجارة على

---

(١) انظر البدائع : ٤ ص ١٩٧ وما بعدها، الفتاوى الهندية : ٤ ص ١٩٨ وما بعدها، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٣، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٢٢ وما بعدها، مختصر الطحاوي : ص ١٣٠، المبسوط : ١٦ ص ٢ وما بعدها، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٥ وما بعدها، رد المحتار : ٥ ص ٥٤ وما بعدها .

عقار؛ لأن استيفاء منفعة العقار في غيبته لا ضرر عليه فيه .

وأما مرض الحمال والجمال بحيث يضره الحمل فيعد عـذراً في رأي أبي يوسف ؛ لأن غير الحمال أو الجمال لا يقوم مقامهما على الـدابـة أو الإبل إلا بضرر، والضرر لا يستحق بالعقد .

وأما محمد : فقـد ذكر في كتـاب « الأصل » أن مرض الجمـال لا يعتبر عـذراً ؛ لأن خروج الجمال بنفسه مع الإبل غير مستحق بالعقد ، فإن له أن يبعث غيره معها .

٣ـ عـذر راجـع للعين المـؤجرة أو الشيء المـأجـور : مثــال الأول : أن يستأجر رجل حماماً في قرية ليستغله مدة معلومـة ، ثم يهاجر أهل القريـة فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

ومثلوا للثاني بعتق العبد المأجور كأن يؤجر رجل عبده سنة ، فلمـا مضت ستـة أشهر ، أعتقه ، فيكون العبد بالخيار بين الإبقاء على الإجارة وبين فسخها .

وقال الشافعية : الأصح أنه لا تنفسخ الإجـارة ؛ لأن العتق انصب على الرقبـة ، وأمـا المنـافع فلم تكن للسيـد وقت العتـق ، فكان العتـق واقعـاً على الرقبـة مسلـوبـة المنفعة ، والأصح أنه لا خيار للعبد في فسخ الإجارة بعد العتق ؛ لأن سيـده تصرف في خالص ملكه ، فلا ينقض ، والأظهر أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق[1] .

المبحث الثالث ـ صفة الإجارة وحكمها

صفة الإجارة : الإجارة عند **الحنفية** عقد لازم ، إلا أنه يجوز فسخه بعذر كما عرفنـا ، لقولـه تعـالى : ﴿ أوفوا بـالعقود ﴾ والفسخ بحسب الأصـل ليس من الإيفـاء بالعقد[2] .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٩ .

(٢) البدائع : ٤ ص ٢٠١ ، المبسوط : ١٦ ص ٢ .

وقال جمهور العلماء : الإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة ، لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ولأن الإجارة عقد على منافع ، فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة ، فلم ينفسخ كالبيع[1] .

ويترتب على هذا الخلاف أن الحنفية يقولون : تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين : المستأجر أو المؤجر ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد أو الأجرة التي ملكها المؤجر مستحقة لغير العاقد بالعقد وهو لا يجوز ؛ لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة أو الأجرة المملوكة ، إذ عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع . فلو قلنا بالانتقال كان قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث ؛ لأن ملكية العين انتقلت إلى الورثة ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحقها المستأجر ، لأنه لم يعقد العقد مع الوارث[2] . وقال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة : لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين ؛ لأن الإيجار عقد لازم ، وعقد معاوضة ، فلا ينفسخ بموت العاقد كالبيع[3] .

حكم الإجارة :

حكم الإجارة الصحيحة : هو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وثبوت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر ، لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة[4] .

وحكم الإجارة الفاسدة أنه إذا استوفى المستأجر المنفعة يجب أجر المثل ، بحيث لا

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٠٩ ، ٤١١ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) تكملة فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدي جلبي : ٧ ص ٢٢٠ ، البدائع : ٤ ص ٢٢٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٤ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ ، رد المحتار : ٥ ص ٥٧ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٣٢٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٦ . المغني : ٥ ص ٤٢٨ .

(٤) البدائع : ٤ ص ٢٠١ .

يجاوز به الأجر المسمى أي أن الواجب عند الحنفية هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ، ولا باعتبار عدم التسمية ، فإنه في هاتين الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ[1] .

وقال زفر والشافعي : يجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل بالغاً ما بلغ ، كما في البيع ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت[2] .

وسنتكلم عن كيفية ثبوت حكم الإجارة الصحيحة في المطلب التالي عند الكلام على نوعي الإجارة .

المبحث الرابع ـ نوعا الإجارة وأحكامها :

الإجارة نوعان : إجارة على المنافع أي أن المعقود عليه هو المنفعة ، وإجارة على الأعمال أي أن المعقود عليه هو العمل .

أحكام إجارة المنافع :

إجارة المنافع كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي للبس ، والأواني والظروف للاستعمال .

ويجوز العقد على المنافع المباحة ، أما المنافع المحرمة كما عرفنا فلا تجوز الإجارة عليها ، لأنها محرمة ، فلا يجوز أخذ العوض عليها كالميتة والدم ، وذلك باتفاق العلماء .

وكيفية ثبوت حكم عقد الإجارة على المنافع المباحة عند الحنفية

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٥ ، تكلة فتح القدير مع العناية : ٧ ص ١٧٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢١ ، رد المحتار : ٥ ص ٣١ ، درر الحكام : ٢ ص ٢٣١ . وسبب التفرقة بين البيع والإجارة في حالة الشرط الفاسد الممنوع : هو أن المبيع ذو قيمة في ذاته ، فتجب قيمته حال فساد العقد أما المنافع فهي غير متقومة في ذاتها عند الحنفية ، وإنما تصبح متقومة في ذاتها بالعقد فتجب القيمة في الإجارة الفاسدة بشرط عدم مجاوزة المتفق عليه بين العاقدين (البدائع : ٤ ص ٢١٨) .

(٢) تكلة فتح القدير ، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٨ .

والمالكية : هو أنـه يثبت شيئـاً فشيئـاً على حسب حـدوث ووجود محل العقـد وهو المنفعة ؛ لأنها تحدث أو تستوفى شيئاً فشيئاً[1] .

وقـال **الشـافعيـة والحنـابلـة :** يثبت حكم الإجـارة في الحـال ، وتجعل مـدة الإجارة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة[2] .

ويترتب على هذا الخلاف :

١ ـ **أن الأجرة تثبت الملكية فيها بمجرد العقد** إذا أطلق عنـد الشـافعيـة والحنابلة ؛ لأن الإجارة عقد معاوضة ، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في العوضين عقب العقد ، كما يملك البائع الثمن بالبيع .

وعنـد الحنفيـة والمـالكيـة **لا تملـك الأجرة بنفس العقـد** ، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع ، فلا يستحق المؤجر المطالبة بها إلا تدريجيـاً يومـاً فيوماً ؛ لأن المعاوضة المطلقة عن الشرط إذا لم يثبت الملـك فيهـا في أحـد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ؛ لأن المساواة في العقود مطلوبة بين المتعاقدين .

متى تجب الأجرة وتملك عند الحنفية والمـالكيـة ؟ تجب الأجرة وتملـك بأحد أمور ثلاثة :

أحدها : بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد .

ثانيها : بتعجيلها من غير شرط ؛ لأن تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقاً له ، فيملك إبطاله بالتعجيل ، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله .

---

(١) البـدائع : ٤ ص ٢٠١ ، بـدايـة المجتهـد : ٢ ص ٢٢٦ ، الشرح الكبير وحـاشيـة الـدسـوقي : ٤ ص ٤ ، القـوانين الفقهية : ص ٢٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامـة : ٥ ص ٤٠٦ ، مغني المحتـاج : ٢ ص ٣٣٤ ، المهـذب : ١ ص ٣٩٩ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٤ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١١٦ .

ثالثها : باستيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً ، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، وتسليم المفتاح أيضاً ؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض ، فيملك المؤجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد .

وإذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز ، إذ أنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء فلأبي حنيفة قولان : متقدم ومتأخر ، فأما قوله المتقدم أولاً وهو قول زفر : فهو أن الأجرة لا تجب إلا في آخر مدة الإجارة ؛ لأن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد ، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها . وأما قول أبي حنيفة المتأخر وهو المشهور الذي استقر عليه ، وقول الصاحبين : فهو أن الأجرة تجب حالاً فحالاً ، كلما مضى يوم يسلم المستأجر أجرته ؛ لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على ممر الزمان ، فتملك الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها[1] .

وبما أن هذه القاعدة توجب تسليم الأجرة ساعة فساعة ، وهو أمر متعذر ، فتقدر الأجرة باليوم أو بالمرحلة استحساناً .

وأما بالنسبة لتأجيل الأجرة وتعجيلها عند الشافعية والحنابلة : فقد قرروا أنه إذا كانت الإجارة إجارة ذمة فيشترط فيها تسليم الأجرة في مجلس العقد ؛ لأنها بمثابة رأس المال في عقد السلم كأن يقول المستأجر : أسلمت إليك عشر ليرات في جمل صفته كذا يحمل لي متاعي إلى جهة كذا ، أو يقول : استأجرت منك بكذا .. إلخ ، لأن تأخير الأجرة حينئذ من باب بيع الدين بالدين .

---

(١) راجع البدائع : ٤ ص ٢٠١ وما بعدها ، تكلة فتح القدير : ٧ ص ١٥٢ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١٠٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد : ٢٢٦/٢ .

وإن كانت الإجارة إجارة عين: فإن كانت الأجرة فيها معينة مثل: استأجرتك لتخدمني سنة بهذا الجمل، فإنه لا يصح تأجيلها، وإن كانت الأجرة في الذمة كأن يقول: بجمل صفته كذا، فيجوز تأجيلها وتعجيلها وفي حالة الإطلاق يجب تعجيلها، كما في عقد البيع يصح بثمن حالّ أو مؤجل[1].

٢ - ويترتب أيضاً على الخلاف السابق في كيفية وجوب الأجرة أنه يجب على المؤجر عند الحنفية والمالكية **تسليم العين المستأجرة عقب العقد**، وليس له أن يحبسها عن المستأجر لاستيفاء الأجرة؛ لأن الاجرة لا تجب بمجرد العقد عندهم، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً فيوماً؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع لم يستوفها المستأجر، فكانت معدومة، فلا يجب عليه الأجر، وذلك بعكس البيع، فإن الثمن واجب الدفع عقيب العقد.

٣ - ويترتب على الخلاف أيضاً **أن الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل** تجوز عند الحنفية والمالكية والحنابلة:

كأن يقول شخص لآخر: أجرتك هذه الدار رأس شهر كذا، أو أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان، وكان العقد في رجب مثلاً؛ لأن عقد الايجار ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً، فكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة الضمنية، وقد أجيزت الإضافة في الإجارة دون البيع للضرورة[2]. وترتب على مذهب الحنفية أن المؤجر لو باع الدار المؤجرة لا يصح في حق المستأجر، وإن لم يجئ الوقت الذي أضيف إليه عقد الإجارة.

واستدل الحنابلة على صحة هذا الحكم عندهم: بأن هذه المدة في المستقبل يجوز

---

(١) مغني المحتاج: ٢ ص ٣٣٤، المهذب: ١ ص ٣٩٩، المغني: ٥ ص ٤٠٨.

(٢) البدائع: ٤ ص ٢٠٣، تبيين الحقائق: ٥ ص ١٤٨، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤، بداية المجتهد: ٢ ص ٢٢٤، المغني: ٥ ص ٤٠٠، القوانين الفقهية: ص ٢٧٦.

العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مفردة ، واشتراط القدرة على التسليم إنما يكون عند وجوب التسليم كالمسلم فيه .

وقال الشافعية : لا تصح إجارة عين لمنفعة مستقبلة كإجارة الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من الغد ، ما لم تكن المدة متصلة بالعقد ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة ، وطريق جوازها عندهم أن تجعل منافع المدة موجودة تقديراً عقيب العقد ، إذ لا بد من أن يكون محل حكم العقد موجوداً فجعلت المنافع كأنها أعيان قائمة بنفسها ، وإضافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح ، كما في بيع الأعيان .

أما إجارة الذمة : فيصح تأجيل المنفعة فيها إلى أجل معلوم في المستقبل مثل : ألزمت ذمتك الحمل إلى مكة أول شهر كذا[1] .

وهناك أحكام أخرى لإجارة المنافع نبينها فيما يأتي :

كيفية الانتفاع بالعين المؤجرة : إذا استأجر شخص داراً أو حانوتاً ونحوهما من المنازل فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى بنفسه أو إسكان غيره بالإجارة أم بالإعارة ، وله أن يضع فيه متاعه وغيره ، غير أنه لا يسكن فيه حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهنه من آلات المعامل الحديثة . والدليل عليه أن الإجارة للانتفاع ، والدور ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ، والناس في العادة لا يتفاوتون في السكنى ، فكانت أوجه الانتفاع معلومة من غير تسمية أو تعيين . وإنما لم يصح إسكان الحداد ونحوه ؛ لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف بين الناس ، وذوو الحرف يؤثرون على البناء بآلاتهم ، مما قد يؤدي إلى اتلاف العين المؤجرة ، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين .

وبما أن المستأجر ملك المنفعة فله أن ينتفع بها بنفسه أو بغيره بواسطة الإجارة أو الإعارة .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٨ ، المهذب : ١ ص ٣٩٦ .

وأما في **إجـارة الأرض :** فلا بـد فيهـا من بيـان مـا تستـأجر لـه من الزراعـة والغرس والبنـاء وغيرهـا و إلا كانت الإجـارة فـاسـدة ، وكـذلـك إذا كانت الإجـارة للزراعة فلا بد من بيان مـا يزرع فيهـا ، أو يجعل لـه أن يزرع فيهـا مـا شـاء ، وإلا فسدت الإجارة ؛ لأن منافع الارض تختلف باختلاف البناء والزراعـة والمزروعـات ، والزروع مختلفة التأثير في الأرض .

وفي إجارة الدواب : لا بد من بيان أحد الشيئين : المدة أو المكان فـإن لم يبين أحدهما فسدت الإجارة ، كذلك لا بـد من بيـان مـا تستـأجر لـه الـدابـة من الحمل أو الركـوب ، لأنهما منفعتـان مختلفتـان . ولا بـد أيضـاً من بيـان مـا يحمـل عليهـا ومن يركبها ؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول ، والنـاس يتفـاوتون في الركوب ، فترك البيـان يفضي إلى المنـازعـة وتكون الإجـارة فـاسـدة ، وحينئـذ إذا استوفى المستـأجر المنفعة بعقد فاسد ، فيجب عليه أجر المثل بمقتضى القيـاس ؛ لأنـه استوفى المنفعـة بحكم عقد فاسد ، كما عرفنا في بيان حكم الإجـارة ، إلا أنـه بمقتضى الاستحسـان يجب الأجر المسمى ؛ لأن المفسد وهو الجهـالـة التي تفضي إلى المنـازعـة قـد زال ، وبـانعـدام العلـة المفسدة ينعدم الفساد[1] .

إصلاح العين المؤجرة : قـد تحتـاج الـدار المؤجرة مثـلا في مـدة الايجـار إلى بعض الإصـلاحـات كتطيين الجـدران ، وانسـداد مجـاري الميــاه ، وتعطـل الأدوات الصحية ، فمن هو الملتزم بالإصلاح والترميم ؟

قرر الحنفيـة أن المؤجر صـاحب الـدار هو الملزم وحـده دون المستـأجر بتطيين الجدران و إصلاح ميازيب الدار وما ينهدم و يسقط من بنائها ، حتى تكون صـالحـة للانتفاع ؛ لأن الدار ملـك للمؤجر ، واصلاح الملـك يكون على المـالـك ، لكن لا يجبر

(١) راجع لكل ما ذكر تكلمة فتح القدير : ٧ ص ١٦٦ وما بعدها ، البدائع : ٤ ص ١٨٣ ، ٢٠٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١١٣ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ١٩ ، ٥٥ .

على الإصلاح ؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه ، وإنما يثبت للمستأجر الخيار في فسخ الإجارة ؛ لأن هذا الخلل يعتبر عيباً في المعقود عليه .

وكذلك على المؤجر إصلاح دلو الماء والبئر والبالوعة والمخرج ، وإن امتلأ من فعل المستأجر ، لكن لا يجبر عليه لما عرفنا .

وأما **المستأجر** : فيلزم برفع التراب الذي يحدث من كنسه إذا انقضت مدة الإجارة ؛ لأن التراب حدث بفعله ، فصار كتراب وضعه في الدار .

والقياس يقضي بأن المستأجر هو المطالب بنقل ما يمتلئ به المخرج والبالوعة ، لأن الملء حدث بفعله ، فيلزمه نقله كالكناسة والرماد ، إلا أن الحنفية استحسنوا وجعلوا نقله على صاحب الدار أخذاً بمقتضى العرف والعادة ، إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار .

فإن أصلح المستأجر شيئاً مما ذكر يكون متبرعاً به ، ولا يحتسب له ؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير طلب منه ولا ولاية عليه ، فإن فعل ذلك بطلب من المؤجر أو نائبه احتسب له[١] .

التزامات المستأجر بعد انتهاء الإجارة :

إذا انتهت مدة الايجار فعلى المستأجر بعض الالتزامات ، وأهمها ما يأتي[٢] :

أولاً - يلتزم المستأجر بتسليم مفتاح الدار والحانوت إلى المؤجر بعد انتهاء المدة .

ثانياً - إذا استأجر شخص دابة من موضع معين في البلد ليركبها ، أو يحمل عليها شيئاً إلى مكان معلوم غادياً ورائحاً ، فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى الموضع

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها .
(٢) انظر البدائع : ٤ ص ٢٠٩ .

الذي قبضها منه ؛ لا لأن الزاد واجب عليه بل لأجل المسافة التي تناولها العقد ؛ لأن عقد الإجارة لا ينتهي إلا برد الدابة إلى موضعها ، فإن ذهب بالدابة إلى منزله ، فأمسكها حتى عطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه تعدى في أخذها إلى غير موضع العقد .

فإن قال المستأجر : « اركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وارجع إلى منزلي » فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجر ؛ لأنه لما عاد إلى منزله ، فقد انقضت مدة الإجارة ، فبقيت الدابة أمانة في يده ، فلا يلزم بردها كالوديعة .

أما إذا استأجر الدابة ليركبها في حوائجه في بلد ما وقتاً معلوماً ، فمضى الوقت ، فليس على المستأجر تسليمها إلى صاحبها : بأن يذهب بها إلى منزله ، وإنما على المؤجر أن يتسلمها من منزل المستأجر ؛ لأن المنفعة التي حصل عليها المستأجر كانت مقابلة بعوض وهو الأجر المستحق للمؤجر فلم يكن على المستأجر الرد ، فبقيت في يده أمانة كالوديعة ، حتى إنه لو أمسكها أياماً فهلكت في يده ، لم يضمن شيئاً . وهذا بخلاف المستعير والغاصب ، فإنها ملزمان برد الشيء على صاحبه ؛ لأن المستعير ينتفع بالعارية بدون مقابل ، والغاصب لا حق له في المغصوب .

أحكام الإجارة على الأعمال :

الإجارة على الأعمال : هي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين وصباغة ثوب واصلاح حذاء ونحوه .

والأجير نوعان : أجير خاص وأجير مشترك .

فالأجير الخاص أو أجير الوَحَد : هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة . وحكمه : أنه لا يجوز له العمل لغير مستأجره .

والأجير المشترك : هو الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد والكواء ونحوهم . وحكمه أنه يجوز له العمل لكافة الناس ، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن

العمل لغيره[1] .

ويلاحظ أن الظئر التي تستأجر للإرضاع هي بمنزلة الأجير الخاص، لا يجوز لها أن ترضع صبياً آخر، فإن أرضعته مع الصبي الأول فقد أساءت وأثمت إن كانت أضرت بالصبي، ولها الأجر على إرضاع الصبيين استحساناً؛ لأن المعقود عليه مطلق الإرضاع، وقد وجد. والقياس ألا يكون لها الأجر؛ لأن العقد وقع على عملها، فلا تستحق الأجر بعمل غيرها.

وعلى الظئر القيام بالرضاع، وبأمر الصبي مما يحتاج إليه من غسله وغسل ثيابه وطبخ طعامه، وعلى الأب نفقات الطعام، وما يحتاج إليه الصبي من الريحان والدهن ونحوهما. وأما ما ذكر في كتاب الأصل من أن على الظئر ما يعالج به الصبي من الريحان والدهن، فهو محمول على عادة أهل تلك البلاد في الماضي[2] .

المبحث الخامس - ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين :

نتكلم هنا عن ضمان الأجير العين التي استؤجر عليها، وعن ضمان العين التي يستأجرها أحد الناس للانتفاع بها.

ضمان الأجير : عرفنا أن الأجير نوعان : خاص وعام، **فالأجير الخاص** (وهو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل) كالخادم في المنزل والأجير في المحل، اتفق أئمة المذاهب وهم (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) على أنه لا يكون ضامناً العين التي تسلم إليه للعمل فيها؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب، كما إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده،

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٧٤، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠٠، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٣ وما بعدها، القوانين الفقهية : ص ٣٣٦ .

(٢) البدائع : ٤ ص ٢٠٩، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٩ .

فلا يضمن العين التي تهلك في يده، ما لم يحصل منه تعدٍ أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله.

وأما **الأجير المشترك** وهو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والقصار ونحوهم فقد اختلفوا فيه: فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والحنابلة في الصحيح من مذهبهم، والشافعي في الصحيح من قوليه إلا أنه لم يكن يفتي به لفساد الناس: إن يده يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير؛ لأن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى: ﴿ فلا عدوان إلا على الظالمين ﴾ ولم يوجد التعدي من هذا الأجير، لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس هو سبباً فيه[1].

وقال الصاحبان وأحمد في رواية أخرى: يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعد أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحوهما، واستدلوا بفعل عمر وعلي الآتي بيانه[2].

قال البغدادي عن بعض كتب الحنفية: وبقول الصاحبين يفتى اليوم لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم[3].

وقال المالكية: يضمن الأجير المشترك الذي يؤثره الأعيان بصنع، ما تلف بيده ولو بغير تعد أو تقصير، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده، والطباخ ضامن لما أفسد

---

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٢٩، الفتاوى الهندية: ٤ ص ٤٨٦، تبيين الحقائق: ٥ ص ١١٠، ١٣٤، البدائع: ٤ ص ٢١١، تكملة فتح القدير: ٧ ص ٢٠٧، المبسوط للسرخسي: ١٥ ص ١٠٣، مجمع الضمانات: ص ٢٧، الشرح الكبير: ٤ ص ٢٨، بداية المجتهد: ٢ ص ٢٣٠، مغني المحتاج: ٢ ص ٣٥١، المهذب: ١ ص ٤٠٨، المغني: ٥ ص ٤٧٩ وما بعدها، ٤٨٧، القوانين الفقهية: ص ٢٧٦، ٣٣٦، رسائل ابن عابدين: ٢ ص ١٧٨.

(٢) البدائع: ٤ ص ٢١٠، تكملة فتح القدير: ٧ ص ٢٠١، مختصر الطحاوي، والمبسوط: المرجعان السابقان، مغني المحتاج: ٢ ص ٣٥١، المهذب، المرجع السابق، المغني: ٥ ص ٤٨٧، القوانين الفقهية، المكان السابق، غاية المنتهى: ٢ ص ٢١٣ وما بعدها.

(٣) مجمع الضمانات: ص ٢٧.

من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه ، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه ، أو تلف أثناء عثرته ، والجمال يضمن ما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره ، والملاح يضمن ما تلف من يده أو مما يعالج به السفينة[1] . ودليلهم قول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[2] وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول : « لا يصلح الناس إلا هذا » وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس[3] ، ولأن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق ، فيضمن كالمستعير[4] .

وكذلك عند الإمام مالك يضمن الأجير الطعام الذي يحمله إذا كانت تتوق النفس إلى تناوله سداً للذرائع .

ما يغير الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان : إذا كان الشيء المأجور، كثوب الصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة ، يعتبر أمانة في يد الأجير، فذلك بحسب الأصل العام عند أبي حنيفة ومن وافقه ، وبناء

---

(١) وفصل ابن جزي المالكي فقال : يضمن الصناع ما غابوا عليه أي أخفوه ، سواء عمل بأجرة أو بغير أجرة ، ولا يضمنون ما لم يغيبوا عليه .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب ، ورواه أيضاً الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (انظر جامع الأصول : ٩ ص ١١٠ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٧ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٣ ، المقاصد الحسنة : ص ٢٩٠ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٦٧) .

(٣) حديث عمر أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه أن عمر ضمن الصناع . وأما حديث علي فرواه البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف ، قال الشافعي : هذا لا يثبت أهل الحديث مثله ، ولفظه : أن علياً ضمن الغسال والصباغ ، قال الشافعي : « لا يصلح الناس إلا ذلك » وروي عن عثمان من وجه أضعف من هذا ، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصائغ ، وقال : « لا يصلح الناس إلا ذاك » (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٦ ، سنن البيهقي : ١٢٢/٦ ، كنز العمال : ١٩١/٢ وما بعدها) .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٤ ص ٢٧ وما بعدها ، المغني : ٥ ص ٤٧٩ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٦ ، الفروق للقرافي : ٢ ص ٢٠٧ ، ٤ ص ١١ ، ٢٧ .

عليه فقد تتغير صفة الأمانة إلى الضمان في الأحوال الآتية[1] :

أولاً ـ ترك الحفظ : أي أن الأجير يهمل في حفظ المتاع ، فيلتزم بضمانه ؛ لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه ، وترك الحفظ موجب للضمان ، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت .

ثانياً ـ الإتلاف والإفساد : إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً ، ضمن سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصاً .

وإن لم يكن الأجير متعدياً في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده : فإن كان الأجير خاصاً لم يضمن اتفاقاً ، وإن كان مشتركاً كالقصار إذا دق الثوب فتخرق ، أو ألقاه في المواد الكيمياوية فاحترق ، أو كالملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، أو الحمال إذا سقط على الأرض وفسد الحمل ، أو الراعي المشترك إذا ساق الدواب ، فضرب بعضها بعضاً في حال سوقه حتى هلك بعضها ، ففي كل هذه الحالات يكون الهالك مضموناً عند أبي حنيفة وصاحبيه ؛ لأن العمل المأذون فيه هو العمل المصلح لا المفسد ؛ لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ولا يلتزم الأجرة بمقابلة الفاسد ، فيتقيد الأمر بما يصلح دلالة .

وقال الشافعية وزفر : لا يضمن الأجير في تلك الحالات ما لم يحصل منه تعدٍ أو تقصير في عمله ؛ لأن عمله مأذون فيه في الجملة ، وإذا لم يكن مأذوناً فيه فلا يمكنه التحرز عن هذا الفساد ؛ لأنه ليس في وسعه القيام بأصل مهمته إلا بحرج ، والحرج منفي[2] .

---

(١) راجع البدائع : ٤ ص ٢١١ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠١ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٥ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٦ ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٤ ، ١٦١ ، ج ١٦ ص ٩ وما بعدها ، جامع الفصولين : ٢ ص ١٧٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥١ ، المبسوط ، البدائع ، تكملة فتح القدير ، المراجع السابقة ، مجمع الضمانات : ص ٤١ ـ ٤٩ .

تلميذ الأجير المشترك : إذا تلف الشيء المأجور في الحالات السابقة بيد تلميذ « صانع » الأجير، فلا ضمان عليه ، وإنما الضمان على معلمه ، لأنه هو المسؤول أصالة ، فكأنه فعل بنفسه .

وإذا وطئ التلميذ ثوباً في مهنة القصارة « أي المصبغة في عرفنا » فخرقه ، يضمن لأن وطء الثوب غير مأذون فيه .

ولو وقع من يد التلميذ سراج فأحرق ثوباً من القصارة ، فالضمان على المعلم ، لا على التلميذ ؛ لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فيكون المعلم هو المسؤول ، كأنه فعل الفعل بنفسه .

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب فخرقته ، فالضمان على المعلم ، لأن هذا من عمل القصار فيضاف الفعل إليه .

فإن كان الثوب الذي وقعت المدقة عليه وديعة فخرقته ، فالضمان على الغلام ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيا يملك تسليطه عليه واستعماله فيه ، وهو ما يتعلق بشؤون الصنعة فقط[1] .

البزاغ والفصاد والختان[2] : يلاحظ أن حكم هؤلاء بخلاف حكم الحالات السابقة ، فإذا كانوا يقومون بعملهم ، ثم سرى أثر العمل إلى تلف النفس والموت فلا ضمان عليهم ، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك[3] .

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٤٣ ـ ٤٥ .

(٢) البزاغ : هو البيطار ، يقال : بزغ الحاجم : شق وشرط ، وبزغ دمه : أساله . والفصاد : الذي يشق العرق ويسحب الدم ، يقال : فصد المريض : شق عرقه ، وافتصد العرق : شقه ، والختان : هو الذي يختن الأولاد أي (المطهر) .

(٣) تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠٦ ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٤ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٧ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٧ ، مجمع الضمانات : ص ٤٧ .

ثالثاً ـ مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة : المخالفة سبب لوجوب الضمان . وللمخالفة صور وهي إما في الجنس أو في القدر أو في الصفة ، أو في المكان أو في الزمان ، وتحصل المخالفة إما في استئجار الدواب وإما في استئجار الصناع .

أما استئجار الدواب : فإما أن يكون ضرر الدابة من جهة الخفة والثقل أو بسبب اختلاف الجنس[1] .

آ ـ فإن كان ضرر الدابة من حيث قدر الخفة والثقل : فإن كان الشيء المحمول مثل المتفق عليه من المؤجر أو أخف فلا شيء على المستأجر بهلاك الدابة ، لأن التعيين بشيء محمول لا فائدة فيه ، وليس هناك مخالفة في المعنى في تحميل مثل الشيء أو دونه .

وإن كان الشيء المحمول أثقل من المتفق عليه : فإن كان بخلاف جنسه ، بأن حمّل مكان الشعير الحنطة ، فعطبت الدابة ، فهو ضامن قيمتها ، ولا أجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر ؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان ؛ إذ وجوب الضمان لصيرورته غاصباً ، ولا أجرة على الغاصب[2] .

وان كان الشيء المحمول الذي هو أثقل : من جنس المتفق عليه بأن حمل أحد عشر رطلاً مثلاً مكان عشرة أرطال ، فإذا سلمت الدابة ، فعليه ما سمي من الأجرة ، ولا ضمان عليه . وإن عطبت ضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة وعليه الأجر الذي سمي ؛ لأن الدابة ماتت بفعل مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فيقسم التلف على قدر ذلك أي أحد عشر جزءاً ، ويضمن بقدر الزيادة .

---

(١) انظر البدائع : ٤ ص ٢١٣ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٧٠ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١١٨ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) المبسوط : ١٥ ص ١٤٧ .

ب ـ وإن كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل، وإنما بسبب اختلاف الجنس: كأن يستأجر إنسان دابة ليحمل عليها قنطاراً من قطن فحمل عليها قنطاراً من حديد أو أقل، فتلفت الدابة، فيضمن قيمتها لأن ثقل القطن ينبسط على ظهر الدابة، وأما ثقل الحديد فيجتمع في موضع واحد، فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها، فلم يكن مأذوناً فيه فصار غاصباً، فيضمن، ولا أجرة لما عرفنا قريباً.

ويترتب عليه أنه لو استأجر إنسان دابة ليركبها بنفسه، فأركبها غيره ممن هو مثله في الثقل أو أخف منه ضمن قيمتها بالتلف؛ لأن المخالفة ههنا، لا من جهة الخفة والثقل، بل من حيث الحذق والعلم، فالناس يختلفون فيه اختلافاً واضحاً.

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها إذا كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان ؛ لأن التلف حصل بركوبها المشتمل على مأذون فيه وغير مأذون فيه، فإن كانت الدابة لا تطيق أن يركبها اثنان، فيضمن جميع قيمتها، لأنه أتلفها بإركاب غيره.

وإذا استأجر دابة بإكاف «أي برذعة» فنزعه منها، وأسرجها، فلا ضمان عليه، لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف.

وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه سرجاً آخر: فإن كان مثل السرج الأصلي الأول لا يضمن، إذ لا تفاوت بين السرجين في الضرر، وإن أسرجه بسرج الفرس يضمن؛ لأن ضرره أكثر بسبب كبره، فكان إتلافاً للدابة.

ولو استأجر حماراً بسرج، فنزع منه السرج وأوكفه فعطب، ففي كتاب الأصل لمحمد: يضمن قدر ما زاد الإكاف على السرج. وفي كتاب الجامع الصغير ذكر محمد اختلافاً بين أئمة الحنفية فيه، ففي قول أبي حنيفة: يضمن كل القيمة؛ لأن الإكاف لا

يخالف السرج في الثقل ، وإنما يخالفه من وجه آخر : وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ، والمخالفة إذا لم تكن بسبب الثقل توجب الضمان لجميع الشيء التالف .

وفي قول الصاحبين : يضمن بمقدار الزيادة ؛ لأن الإكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة ، وإنما يختلفان بالثقل والخفة ؛ لأن الإكاف أثقل ، فيضمن بقدر الثقل .

ولو استأجر حماراً عرياناً فأسرجه ، ثم ركب فعطب ، كان ضامناً ؛ لأن السرج أثقل على الدابة ، وقيل : هذا إذا استأجره ليركبه في داخل مصر ، وهو ممن يركب في المصر عادة بغير سرج ، أما إذا استأجره ليركبه خارج المصر ، أو هو من ذوي الهيئات لا يضمن ؛ لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف ، وذو الهيئة لا يركب عادة بغير سرج ، فكان الإسراج مأذوناً فيه دلالة ، فلا يضمن .

ج ـ وإن كانت المخالفة في المكان : كأن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم ، فجاوز المكان ، فيضمن كل القيمة[1] .

د ـ وأما المخالفة في الزمان : كأن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة ، فانتفع بها زيادة على المدة ، فعطبت في يده ، فيضمن القيمة أيضاً ، لأنه صار غاصباً بالانتفاع بها فيما وراء المدة المحدودة .

وأما استئجار الصناع : كالحائك والخائط والصباغ ونحوهم[2] :

ففي حالة المخالفة في الجنس كأن يسلم إنسان ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً معيناً فصبغه لوناً آخر : يكون صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضمن الصباغ قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه . ومثله أن يسلم شخص

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ .

(٢) انظر البدائع : ٤ ص ٢١٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٠ ، مجمع الضمانات : ص ٤٥ وما بعدها .

خياطاً قماشاً ليخيطه قميصاً ، فخاطه معطفاً مثلاً ، فيكون صاحب القماش بالخيار بين أن يضمن الخياط قيمة القماش ، أو أن يأخذ المخيط و يعطي أجر المثل .

هـ - **وأما المخالفة في الصفة :** كأن يسلم صباغاً ليصبغه بصبغ معين ، فصبغه بصبغ آخر من جنس اللون المتفق عليه ، فيكون صاحب الثوب أيضاً مخيراً بين تضمين قيمة الثوب أو أخذه و إعطاء أجر المثل .

وكذلك الخلاف في القدر مثل أن يسلم شخص غزلاً إلى حائك ينسجه بغلظ معين : ثخين أو رفيع ، فخالف بالزيادة أو بالنقصان ، يكون صاحب الثوب حال الزيادة مخيراً بين تضمين مثل الغزل ، أو أن يأخذ الغزل و يعطي الأجر المسمى . وفي حال النقصان يوجد روايتان : رواية في كتاب الأصل : مفادها أن لصاحب الثوب أن يأخذه ، و يعطي الحائك من الأجر بحسابه . ورواية أخرى : مفادها أن على صاحب الثوب أجر المثل . وأدلة كل ما سبق ذكره يمكن ملاحظتها ، و يرجع إلى « البدائع » وغيرها من الكتب عند العجز عن إدراك المقصود .

سقوط أجر الأجير بهلاك العين في إجارة الأعمال :

عرفنا فيما سبق رأي الجمهور في صفة يد الأجير المشترك وهي أنها يد أمانة ، فلا يضمن هلاك العين إلا بالتعدي أو بالتقصير .

وأما غير الجمهور وهم المالكيّة والصاحبان من الحنفية ، فيرون أن يد الأجير المشترك هي يد ضمان ، فيضمن الشيء التالف ، ولو بغير تعد أو تقصير[1] .

أما العين المستأجرة ، فلا خلاف بين العلماء في أنها أمانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها إن تلفت بغير تفريط منه لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ،

---

(١) انظر الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٨٧ .

فكانت أمانة[1] .

وبناء على الخلاف في صفة يد الأجير: هل تسقط الأجرة بهلاك العين في عقد إجارة الأعمال ؟

قال الشافعية : إذا عمل الأجير في ملك المستأجر أو بحضرته وجبت له الأجرة ، لأنه تحت يده ، فكلما عمل شيئاً صار مسلماً له . وإن كان العمل في يد الأجير لم يستحق الأجرة بهلاك الشيء في يده ، لأنه لم يسلم العمل[2] .

وقال الحنابلة بنحو مذهب الشافعية : وهو أن الأجير لا أجر له فيما عمل في يده ، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه[3] .

وقال الحنفية بنحوه أيضاً ، ولكن يحتاج مذهبهم إلى شيء من التفصيل ، فقالوا : إن العين التي يعمل فيها الأجير إما أن تكون في يد الأجير أو في يد المستأجر[4] .

فإن كانت العين في يد الأجير ففيه حالتان :

١ ـ إن كان لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالخياطة والصباغة والقصارة فيجب الأجر بتسليم الأثر المطلوب ، فإن هلك الشيء قبل التسليم في يد الأجير سقط الأجر؛ لأن الأثر المعقود عليه وهو صيرورة القماش مثلاً مخيطاً لم يسلم ، والبدل يقابل ذلك الأثر ، فكان كالمبيع .

---

(١) انظر المغني : ٥ ص ٤٨٨ ، البدائع : ٤ ص ٢١٠ ، جامع الفصولين : ٢ ص ١٦٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٨ ، المهذب : ١ ص ٤٠٨ .

(٢) المهذب : ١ ص ٤٠٩ .

(٣) المغني : ٥ ص ٤٨٧ .

(٤) انظر البدائع : ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٠٩ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين والدر المختار : ٥ ص ١٢ .

٢ ـ وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح فيجب الأجر بمجرد انتهاء العمل ، وإن لم يسلم العين لصاحبها ؛ لأن البدل يقابل نفس العمل ، فإذا انتهت مدة الإجارة ، فقد فرغ من العمل ، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها ، فلا يسقط الأجر بالهلاك بعدئذ .

حبس العين لاستيفاء الأجرة : وبناء على اختلاف الحكم في الحالتين السابقتين قال الحنفية : إن كان للعمل أثر في العين المملوكة لصاحبها يجعل للأجير حق حبس العين ، حتى يستوفي الأجر ؛ لأن البدل مستحق بمقابلة الأثر المطلوب . وما لا أثر له لا يثبت فيه حق الحبس ، إذ العمل المعقود عليه ليس في العين .

ولهذا قال الحنفية : إن الحمال إذا حبس المتاع الذي هو في يده ليستوفي الأجر فهلك يضمن ؛ لأن العين أمانة في يده ، فإذا حبس صار غاصباً ، فيضمن .

وأما إذا كانت العين المعمول فيها في يد المستأجر : بأن يعمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحوه ، فيستحق الأجير أجرته بعد الفراغ من العمل إذا أكمله ، وإن لم يكمله وعمل بعض العمل فيستحق من الأجر بقدر ما أنجزه من العمل ، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه ، ويملك المطالبة بقدره من المدة . فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره أو فيما في يده كأن يستأجره لبناء حجرة في داره أو لبناء سقيفة أو إيوان أو لحفر بئر أو قناة أو نهر في ملكه أو فيما في يده ، فعمل بعضه ، فله أن يطالب بقدر العمل من الأجرة .

ولكن يجبر على إتمام العمل حتى إنه لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط الايوان ، فإن كان بعد الفراغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة ، وإن كان قبل الفراغ من العمل يجب بقدر حصة العمل .

هذا بخلاف ما إذا كان العمل في غير ملك المستأجر أو في يده ، فإن الأجرة حينئذ يتوقف وجوبها على تمام العمل ، فما لم يسلم الأجير العمل لا يصير المستأجر

قابضاً للمعقود عليه ، ويسقط الأجر إذا فسد المعقود عليه أو هلك قبل التسليم .

وبناء عليه : إذا استأجر شخص إنساناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده فلا يستحق اللبّان الأجرة ، ولا يصير المستأجر قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك من تمام هذا العمل . وفي قول الصاحبين : لا يستحق الأجرة حتى يشرجه[1] ؛ لأن تمام العمل به ، ويترتب على هذا الخلاف أنه لو تلف اللبن قبل نصبه في قول أبي حنيفة ، وقبل التشريح في قول الصاحبين ، فلا أجر له لأنه تلف قبل تمام العمل[2] .

أما إذا كان ضرب اللبن في غير ملك المستأجر أو في غير يده ، فلا يستحق الأجير الأجرة إلا بالتسليم إلى صاحب اللبن ، والتسليم : هو أن يخلي الأجير بين اللبن وبين المستأجر ، بعد نصبه عند أبي حنيفة ، وبعد تشريجه عند الصاحبين ؛ لأن اللبن لم يكن في يد المستأجر ، حتى يصير العمل مسلماً إليه ، فلا بد من التخلية بعد الفراغ من العمل .

ومثله إذا استأجر إنسان خياطاً ليخيط له في منزله قميصاً : فإن خاط بعضه لم يكن له أجر ؛ لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ، ثم تلف ، فله الأجر ، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ؛ لأنه صار مسلماً للعمل لحصوله في ملك صاحبه . وفي قول الصاحبين : تكون العين مضمونة ، فلا يبرأ عن ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها ، فإن هلك الثوب فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجر .

---

(١) شرَّج اللبن : نضد بعضه إلى بعض .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ٥٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١١٠ .

المبحث السادس ـ اختلاف المتعاقدين في الإجارة

إذا اختلف المتعاقدان في عقد الإجارة في مقدار البدل أو المبدل، وكانت الإجارة صحيحة فإما أن يحصل الاختلاف قبل استيفاء المنافع أو بعد استيفائها[1].

فإن اختلفا قبل استيفاء المنافع تحالفا أي حلّف كل منهما الآخر، لقول النبي ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادّا»[2].

وبما أن الإجارة نوع من البيع فيتناولها الحديث، وإذا تحالفا تفسخ الإجارة، وإذا نكل أحدهما عن اليمين لزمه ما ادعى به صاحبه.

وإن أقام كل منهما بينة على مدعاه: فإن كان الاختلاف في البدل فبينة المؤجر أولى؛ لأنها تثبت زيادة الأجرة، وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت زيادة المنفعة.

وإن كان اختلاف العاقدين بعد استيفاء المستأجر بعض المنفعة بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة، أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي؛ لأن العقد عَلى المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه عقداً مبتدءاً، فيجعل ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد، فيتحالفان فيه.

وإن كان اختلافهما بعد انتهاء مدة الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي تم العقد

---

(١) راجع البدائع: ٢١٨/٤ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٢١٨/٧، المبسوط: ١٠/١٦، رد المحتار على الدر المختار: ٥١/٥.

(٢) أخرجه اصحاب السنن الأربعة وأحمد والشافعي من طرق بألفاظ منها «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان» وزاد ابن ماجه: «والمبيع قائم بعينه» وكذلك أحمد في رواية: «والسلعة كما هي» وقد صححه الحاكم وابن السكن (انظر نصب الراية: ٥/٤ وما بعدها، نيل الأوطار: ٢٢٣/٥) قال الشوكاني: والظاهر عدم الفرق بين بقاء المبيع وتلفه لعدم انتهاض الرواية المصرح فيها باشتراط بقاء المبيع للاحتجاج، والتراد مع التلف ممكن بأن يرجع كل واحد منهما بمثل المثلي وقيمة القيمي.

عليها لا يتحالفـان ، والقول قول المستـأجر في مقـدار البـدل مع يمينـه ، ولا يمين على المؤجر ؛ لأن التحالف يؤدي إلى فسخ الإجـارة ، والمنـافع غير الموجودة لا تحتمل فسخ العقد ، فلا يثبت التحالف .

وإن اختلف الخياط وصاحب الثوب ، فقال صاحب الثوب : أمرتك أن تعملـه قَبَـاء[1] وقـال الخيـاط : أمرتني أن أعملـه قميصـاً ، أو قـال صـاحب الثـوب للصبـاغ : أمرتـك أن تصبغـه بلون أحمر ، فصبغتـه بلون أصفر ، وقـال الصبـاغ : لا ، بل أمرتني بلون أصفر ، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه . وهذا هو القول الأظهر في مـذهب الشافعيـة[2] ؛ لأن أصل الإذن صـادر من المـالـك ، فلو أنكر الإذن مطلقـاً كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر صفة الإذن .

وإذا حلف المالك في هذه الحالة يكون الخياط ضامناً أي أن المالك بالخيـار : إن شاء ضمن الخياط ، وإن شاء أخـذ الثوب وأعطى الخيـاط أجر المثل ، والخيـار ثـابت أيضاً للصباغ .

وإذا اختلف مالك الثوب مع الصانع في وجود الأجرة ، فقال صـاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقـال الصـانع : بـأجر ، فـالقول قـول صـاحب الثـوب عنـد أبي حنيفة ؛ لأنه ينكر تقوم عمله ؛ لأن تقومه بالعقد ، وينكر الضمان ، والصانع يدعيـه ، والقول قول المنكر .

وقال أبو يوسف : إن تكررت تلك المعاملة بينهما بـأجر ، فللصـانع الأجر وإلا فلا ؛ لأن ما سبق بينهما يعين جهة الطلب بأجر ، جرياً على المعتاد بينهما .

وقال محمد : إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر ، فالقول قوله ؛ لأنـه لمـا

---

(١) ثوب يلبس فوق الثياب .

(٢) مغني المحتاج : ٢/ ٣٥٤

فتح الحانوت لأجل أخذ الأجور جرى فعله مجرى التنصيص على الأجر، أخذاً بظاهر الأمور، قال المرغيناني في الهداية ما معناه: والقياس ما قاله أبو حنيفة، لأن المالك منكر. والجواب عن استحسان الصاحبين: أن ظاهر الحال يتمسك به لدفع الحق لا للاستحقاق، والمطلوب هنا إثبات الاستحقاق[(١)]، وهو لا يكفي في إثباته مجرد التمسك بظاهر الحال أو القرينة، بل لا بد من حجة أقوى كالبينة والإقرار.

المبحث السابع ـ انتهاء عقد الإجارة

١ ـ تنتهي الإجارة عند الحنفية كما عرفنا في مبحث صفة الإجارة بموت أحد المتعاقدين؛ لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، وبما أن المنافع في الإجارة تحدث شيئاً فشيئاً، فتكون عند موت المورث معدومة، فلا تكون مملوكة له، وما لم يملكه يستحيل توريثه فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث، حتى يكون العقد قائماً مع المالك. ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الإجارة؛ لأن العقد لم يقع له، وإنما هو عاقد، ولو ماتت الظئر أو الصبي انتقضت الإجارة لأن كل واحد منهما معقود له.

وقال الجمهور: لا ينفسخ عقد الإيجار بموت أحد المتعاقدين؛ لأنه عقد لازم كالبيع، أي أن المستأجر ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً فيورث عنه، ولكن تنفسخ الإجارة بموت الظئر أو الصبي لفوات المنفعة بهلاك محلها وهو الظئر، ولتعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأنه لا يمكن إقامة غير هذا الصبي مقامه[(٢)].

٢ ـ تنتهي الإجارة أيضاً بالإقالة؛ لأن الإجارة معاوضة مال بمال، فكانت محتملة للإقالة كالبيع.

٣ ـ الإجارة تنقضي بهلاك العين المؤجرة المعينة كالدار أو الدابة المعينة وهلاك

---

(١) الهداية: ٣/٢٠١.

(٢) بداية المجتهد: ٢/٢٢٧، الشرح الكبير للدردير: ٤/٣٠، المهذب: ١/٤٠٦، المغني: ٥/٤٥٦، القوانين الفقهية: ص ٢٧٨.

المؤجر عليه كالثوب المؤجر للخياطة أو للقصارة لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة . فإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها للحمل أو الركوب ، فتسلم المستأجر الدواب ، فهلكت لا تبطل الإجارة ، وعلى المؤجر أن يأتي بغيرها لتحمل المتاع وليس له أن يفسخ العقد ؛ لأن الإجارة وقعت على منافع في الذمة ، ولم يعجز المؤجر عن وفاء ما التزمه بالعقد ، وهو حمل المتاع إلى موضع كذا ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة[1] .

وقال الزيلعي أخذاً برأي الإمام محمد بن الحسن : والأصح أن الإجارة لا تنفسخ في هذه الحالة ؛ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها ، وساحة الدار بعد انهدام البناء يتأتى فيها السكنى بنصب فسطاط (خيمة) ونحوها . ويظهر أن هذا الرأي عند الحنفية هو الأصح ، أي أن الإجارة لا تنفسخ بالقوة القاهرة ، كانهدام الدار كلها ، بدليل ما قاله صاحب الدر المختار وأيده ابن عابدين : لو خربت الدار ، سقط كل الأجر ، ولا تنفسخ به مالم يفسخها المستأجر ، هو الأصح . وأضاف ابن عابدين : وبانهدام الدار كلها للمستأجر الفسخ بغيبة المؤجر ، ولا تنفسخ مالم يفسخ هو الصحيح ، لصلاحيتها لنصب الفسطاط .

٤ ـ تنتهي الإجارة بانقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان هناك عذر بأن انقضت المدة ، وفي الأرض زرع لم يستحصد ، فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل[2] . وانتهاء الإيجار بانقضاء المدة في الجملة محل اتفاق بين الفقهاء .

---

(١) البدائع : ١٩٦/٤ ، ٢٢٣ ، تبيين الحقائق : ١٤٤/٥ ، تكملة فتح القدير : ٢٢٠/٧ ، الدر المختار ورد المختار: ٣٠/٥ ، ٥٣ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص٨٤ ، بداية المجتهد : ٢٢٨/٢ ، الشرح الكبير : ٢٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص٢٧٧ ، مغني المحتاج : ٣٥٧/٢ ، المهذب : ٤٠٥/١ ، المغني : ٤١٥/٥ ، ٤٢١ ، ٤٣٤ ، غاية المنتهى : ٢١٠/٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، غاية المنتهى : ٢١٨/٢ .

الفصل الرّابع

الجعالة

ـ أو الوعد بالجائزة ـ

الكلام فيها يتناول تعريفها، ومشروعيتها، وصيغتها، الفرق بينها وبين الإجارة على الأعمال، شروطها، صفة حكمها، الزيادة والنقص في الجعل، حكم اختلاف العامل ورب المال.

تعريف الجعالة: الجعالة أو الجُعْل أو الجعيلة لغة: هي ما يجعل للإنسان على فعل شيء أو ما يُعْطاه الإنسان على أمر يفعله. وتسمى عند القانونيين: الوعد بالجائزة (أي المكافأة أو الجُعْل أو الأجر المعين)، فهي عقد أو التزام بإرادة منفردة.

وشرعاً: التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول، عسر علمه[1].

وعرفها المالكية[2]: بأنها الإجارة على منفعة مظنون حصولها. مثل قول القائل: من رد علي دابتي الشاردة، أو متاعي الضائع، أو بنى لي هذا الحائط أو حفر لي هذا البئر حتى يصل إلى الماء، أو خاط لي قميصاً أو ثوباً، فله كذا.

ومنها ما يخصص من المكافآت لأوائل الناجحين، أو المتسابقين فيما يحل فيه السباق، أو ما يلتزمه القائد من مبلغ معين أو سهم من الغنيمة لمن يقتحم حصناً للعدو، أو يسقط عدداً من الطائرات.

---

(١) مغني المحتاج: ٤٢٩/٢، كشاف القناع: ٢٢٥/٤، الشرح الصغير: ٧٩/٤

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٧٥، الشرح الكبير للدردير: ٦٠/٤، بداية المجتهد: ٢٣٢/٢

ومنها الالتزام بمبلغ مالي لطبيب يشفي مريضاً من مرض معين، أو لمعلم يحفّظ ابنه القرآن .

ويمثل لها الفقهاء عادة بحالة رد الدابة الضالة (الضائعة)، والعبد الآبق (الهارب).

مشروعية الجعالة :

لا تجوز الجعالة عند الحنفية[1] لما فيها من الغَرَر أي جهالة العمل والمدة قياساً على سائر الإجارات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة. وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق[2]، ولو بلا شرط، من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، ومقدار الجعل أربعون درهماً، تغطية للنفقة في مدة السفر. وإن رده لأقل من ذلك المقدار، فبحسابه، اعتباراً للأقل بالأكثر، فإذا رده مثلاً من مسافة يومين فله ثلثاها، ومن يوم ثلثها، ومن رده من أقل منه، أو وجده في البلد يرضخ له أي يعطى بنسبة عمله. وسبب استحقاق الجعل: هو أخذ الآبق لصاحبه. فدفع الجعل طريق للمالك لصيانة ماله .

وتجوز الجعالة شرعاً عند المالكية والشافعية والحنابلة[3]، بدليل قوله تعالى في قصة يوسف مع إخوته: ﴿ قالوا : نفقد صواع الملك[4]، ولمن جاء به حمل بعير، وأنا به زعيم ﴾ أي كفيل. وبدليل ما جاء في السنة من أخذ الأجرة على الرقية بالفاتحة (أم القرآن)، وهو ما رواه الجماعة إلا النسائي عن أبي سعيد الخدري: «أن ناساً من

---

(١) الدر المختار: ٢٤٣/٣، ٣٥٥ ـ ٣٥٩، ٦/٥، ٣٢، البدائع: ٢٠٣/٦ ـ ٢٠٥، اللباب شرح الكتاب: ٢١٧/٢ وما بعدها .

(٢) الإباق: انطلاق الرقيق تمرداً. سواء هرب من مستأجره أو وديعه المودع لديه، أو مستعيره، أو الوصي عليه .

(٣) بداية المجتهد: ٢٣٣/٢، القوانين الفقهية، الشرح الكبير، المكان السابق، مغني المحتاج: ٤٢٩/٢، المغني: ٦٥٦/٥، كشاف القناع: ٢٢٥/٤، المهذب: ٤١١/١ .

(٤) الصواع والصاع: مكيال يكال به، أو هو إناء يشرب فيه، كان سقاية الملك .

أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يُقْروهم (يضيفوهم) ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرونا ، فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلاً ، فجعلوا لهم قطيع شاء ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ، ويجمع بزاقه ، ويتفل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك ، فضحك ، وقال : وما أدراك ، إنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي فيها بسهم »[1] .

والمعْقول يؤيد ذلك : وهو أن الحاجة تدعو إلى الجعالة ، من رد ضالة ، وآبق ، وعمل لا يقدر عليه صاحبه ، فجاز بذل الجعل ، كالإجارة والمضاربة ، إلا أن جهالة العمل والمدة لا تضر بخلاف الإجارة ؛ لأن الجعالة غير لازمة ، والإجارة لازمة ، وتفتقر إلى تعيين المدة .

صيغة الجعالة :

الجعالة التزام بإرادة واحدة فلا تتحقق إلا بصيغة[2] من الجاعل من الصيغ السابقة في تعريفها ونحوها ، تدل على إذن بالعمل بطلب صريح ، بعوض معلوم مقصود عادة ملتزم به ، فلو عمل العامل بلا إذن ، أو أذن الجاعل لشخص ، فعمل غيره ، فلا شيء له ؛ لأن الأول عمل متبرعاً ، والشخص المعين في الحالة الثانية لم يعمل ولا يشترط في الجاعل كونه مالكاً ، فيصح لغيره أن يلتزم بجعل ويستحقه العامل الذي رد الشيء .

كما لا يشترط قبول العامل ، وإن عينه الجاعل ؛ لأن الجعالة التزام من جانب واحد ، كما أوضحنا . ويصح أن تكون الجعالة لواحد معين ، أو لغير معين ، كما يصح أن يجعل الجاعل للمعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر .

---

(١) نيل الأوطار : ٢٨٩/٥

(٢) مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤١١/١ ، المغني : ٦٥٨/٥ ، الشرح الصغير : ٨١/٤ ، الشرح الكبير : ٦٠/٤

الفرق بين الجعالة والإجارة على الأعمال :

تفترق الجعالة عن الإجارة على عمل معلوم كبناء وخياطة ثوب وحمل شيء إلى موضع معلوم من نواح أربعة هي[1] :

أولاً ـ لا يتم استيفاء المنفعة للجاعل إلا بتمام العمل كرد الشارد وبرء المريض . أما في الإجارة فيتم استيفاء المنفعة للمستأجر بمقدار ما عمل الأجير. وبعبارة أخرى : لا تتحقق المنفعة للمالك في الجعالة إلا بتمام العمل ، أما في الإجارة فتتحقق المنفعة للمستأجر بجزء من العمل . وبناء عليه لا يستحق العامل في الجعالة شيئاً إلا بتمام العمل . وإذا عمل الأجير في الإجارة بعض العمل استحق من الأجر بحساب (أو مقدار) ما عمل .

ثانياً ـ إن الجعالة عقد يحتمل فيها الغرر، وتجوز جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة ، فالعمل في الجعالة قد يكون معلوماً ، أو مجهولاً غير معلوم ، كرد بهيمة ضالة ، وحفر بئر حتى يخرج منها الماء ، وكما تصح الجعالة على عمل مجهول أو معلوم ، تصح جهالة المدة . أما الإجارة فلا بد من أن يكون العمل فيها معلوماً كالخياطة والبناء ، والمدة معلومة . وإذا قدرت الإجارة بمدة لزم الأجير العمل في جميع المدة ، ولا يلزمه العمل بعدها . أما الجعالة فالمهم فيها إنجاز العمل دون تقيد بالمدة .

ثالثاً ـ لا يجوز اشتراط تقديم الأجرة في الجعالة ، بخلاف الإجارة .

رابعاً ـ الجعالة عقد جائز غير لازم ، فيجوز فسخه ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم لا يفسخ .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٣٣/٢ ، مغني المحتاج : ٤٣٠/٢ ، كشاف القناع : ٢٢٥/٤ وما بعدها ، المغني : ٦٥٧/٥ وما بعدها

شروط الجعالة :

يشترط في الجعالة ما يأتي[1] :

أولاً ـ أهلية العاقد : يشترط في الجاعل مالكاً كان أو غيره أن يكون مطلق التصرف (بالغاً عاقلاً رشيداً) ، فلا يصح من صبي ومجنون ومحجور سفه . وأما العامل : فإن كان معيناً اشترط فيه أهلية العمل ، فلا يصح كونه عاجزاً عن العمل كصغير لا يقدر على العمل ؛ لأن منفعته معدومة . وإن كان غير معين مبهماً كفى علمه بإعلان النداء على الجعل .

ثانياً ـ كون الجعل (أو الأجرة) مالاً معلوماً . فإن كان الجعل مجهولاً فسد العقد لجهالة العوض ، مثل من وجد سيارتي فله ثوب ، أو أرضيه ، ونحوه ، ويكون للواجد (الرادّ) أجرة مثله ، كالإجارة الفاسدة .

وإن كان الجعل حراماً كخمر أو مغصوب ، فسد العقد أيضاً لنجاسة عين الخمر ، وعدم القدرة على تسليم المغصوب .

ثالثاً ـ أن تكون المنفعة معلومة حقيقة ، مباح الانتفاع بها شرعاً ، فلا تجوز الجعالة على إخراج الجن من شخص ، ولا على حل سحر مثلاً ، لأنه يتعذر معرفة كون الجن خرج أم لا ، أو انحل السحر أم لا . كما لا تجوز الجعالة على ما يحرم نفعه كالغناء والزمر والنواح وسائر المحرمات . والقاعدة في ذلك[2] : أن كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال ، جاز أخذ العوض عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ وأضاف المالكية : « كل ما جاز فيه الجعل كحفر الآبار في فلاة ،

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٦ ، مغني المحتاج : ٤٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤١١/١ ، المغني : ٦٥٦/٥ وما بعدها ، ٦٦٠ ، كشاف القناع : ٢٢٥/٤ ـ ٢٢٨ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٤/٤ ، الشرح الصغير : ٨١/٤ .

(٢) كشاف القناع : ٢٢٨/٤ ، الشرح الكبير : ٦٣/٤ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٨٤/٤ .

جازت فيه الإجارة ، لا العكس ، فليس كل ما جازت فيه الإجارة ، جاز فيه الجعل » مثل بيع سلع[1] وخدمة شهر ، وحفر بئر بملك ، تصح فيه الإجارة دون الجعالة ، فالإجارة أعم ، من ناحية المحل المعقود عليه . والسبب في عدم صحة الجعالة فيما ذكر : أن الجعالة تكون فيما لا يحصل للجاعل نفع إلا بتمام العمل ، وهذه الأمور يبقى فيها للجاعل منفعة إذا لم يتم العامل العمل .

وأما أعمال العبادة البدنية التي لا يتعدى نفعها غير فاعلها كالصلاة والصيام ونحوهما من القربات الدينية ، فلا يجوز أخذ الجعل عليه .

وما يتعدى نفعه لغير فاعله كالأذان وتعليم الفقه والقرآن والقضاء والإفتاء فيجوز أخذ الجعل عليه ، لحديث أبي سعيد السابق في الرقية بالفاتحة .

والمشهور عند المالكية أنه لا بد من تحقيق منفعة مقصودة للجاعل ، فمن جعل ديناراً لمن يصعد جبلاً مثلاً ، لا لشيء يأتي به ، لا يصح التزامه ولا جعالته . واشترط الشافعية في العمل : أن يكون فيه كلفة ، وإلا فلا يستحق شيئاً ؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض .

رابعاً ـ اشترط المالكية ألا يحدد للجعالة أجل ، وقال غيرهم : يصح الجمع بين تقدير المدة والعمل ، مثل من خاط لي هذا الثوب في يوم فله كذا ، فإن أتى به في المدة استحق الجعل ، ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها فلا يلزمه شيء له ، وذلك بخلاف الإجارة .

وأضاف بعض المالكية شرطاً **خامساً** : وهو أن تكون الجعالة في العمل اليسير ، ولو كان متعدداً كإبل كثيرة شردت .

---

(١) بيع سلع من ثياب أو إبل إذا لم يأخذ العامل الجعل إلا على بيع الجميع ، لأن تعدد السلع بمنزلة عقود متعددة يستحق الجعل في كل سلعة بانتهاء عملها .

صفة حكم الجعالة ووقت استحقاق الجعل :

اتفق الفقهاء القائلون بجواز الجعالة[1] على أنها بخلاف الإجارة عقد جائز غير لازم ، فيجوز لكل من المالك والعامل فسخها ، لكنهم اختلفوا في وقت جواز الفسخ . فقال المالكية : يجوز الفسخ قبل الشروع في العمل ، ويلزم الجاعل دون العامل بالشروع في العمل . أما العامل المجعول له فلا يلزم بشيء قبل العمل أو بعده أو بعد الشروع فيه .

وقال الشافعية والحنابلة : يجوز الفسخ في أي وقت شاء الجاعل والمجعول له المعين ، كسائر العقود الجائزة مثل الشركة والوكالة ، قبل تمام العمل . فإن فسخ العقد من المالك أو العامل المعين قبل الشروع في العمل ، أو فسخ العامل بعد الشروع في العمل ، فلا شيء له في الحالتين ، لأنه في الأولى لم يعمل شيئاً ، وفي الثانية لم يتحقق غرض المالك . أما إن فسخ المالك بعد الشروع في العمل ، فعليه للعامل أجرة مثل عمله في الأصح عند الشافعية ، لأنه عمل بعوض ، ولم يسلم له أجرة عمله ، كما لو فسخ رب المال المضاربة بعد الشروع في العمل ويستحق العامل الجعل أو الأجر المعين بإتمام العمل ، فإن فسخ العامل قبل الفراغ من العمل ، لم يستحق شيئاً[2] .

وإن حدد المالك مكاناً لرد المتاع المفقود ، فرده العامل من مكان أقرب منه ، فله قسطه من الجعل ، كما يرى الشافعية[3] .

ولو اشترك اثنان في رد المتاع ، اشتركا في الجعل ، لحصول الرد منهما[4] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٣٣/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٠/٤ ، ٦٥ ، مغني المحتاج : ٤٣٣/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ، كشاف القناع : ٢٢٨/٤ ، المغني : ٦٥٧/٥ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، الشرح الكبير : ٦١/٤ ، مغني المحتاج : ٤٣٣/٤ ، المهذب : ٤١٢/١ ، كشاف القناع : ٢٢٥/٢ ، المغني : ٦٥٨/٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٤٣١/٢ .

(٤) الشرح الكبير : ٦١/٤ ، مغني المحتاج : ٤٣١/٢ ، المغني : ٦٥٨/٥ .

وإذا رد العامل الشيء المجعول عليه فليس له حبسه لقبض الجعل، كما لا يحبسه لاستيفاء ما أنفقه عليه بإذن المالك؛ لأن استحقاق الجعل بتسليم الشيء، ولا حبس قبل الاستحقاق[1].

الزيادة والنقص في الجعل:

يرى الشافعية والحنابلة[2] أنه يجوز للمالك الجاعل أن يزيد أو ينقص من الجعل؛ لأن الجعالة عقد جائز غير لازم، فجاز فيه ذلك كالمضاربة، إلا أن الشافعية أجازوا ذلك قبل الفراغ من العمل، سواء أكان قبل الشروع، أم بعده، كأن يقول: من رد متاعي الفلاني فله عشرة، ثم يقول: فله خمسة، أو بالعكس. وتظهر فائدة ذلك بعد الشروع في العمل، فتجب حينئذ أجرة المثل، لأن هذا التعديل بالزيادة أو النقص فسخ للإعلان السابق، والفسخ من المالك يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل؛

وقيد الحنابلة هذا التعديل بما قبل الشروع في العمل، فيجوز ويعمل به.

حكم اختلاف المالك والعامل:

إذا حدث اختلاف بين المالك والعامل فأيها يصدق بيمينه؟ في الأمر تفصيل[3]: إن اختلفا في أصل اشتراط الجعل بأن أنكره أحدهما، فيصدق المنكر بيمينه، كأن يقول العامل: شرطت لي جعلاً، وأنكر المالك، صدق المالك بيمينه؛ لأن الأصل عدم اشتراط الجعل.

وكذلك يصدق المنكر إن اختلفا في سعي العامل، بأن قال المالك: لم ترده، وإنما رجع بنفسه، يصدق المالك؛ لأن الأصل عدم الرد.

---

(١) مغني المحتاج: ٤٣٤/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤٣٣/٢ وما بعدها، المهذب: ٤١٢/١، كشاف القناع: ٢٢٩/٤.

(٣) الشرح الكبير: ٦٤/٤، مغني المحتاج: ٤٣٤/٢، المهذب: ٤١٢/١، المغني: ٦٦٠/٥ وما بعدها، كشاف القناع: ٢٢٩/٤.

وإن اختلفا في قدر الجعل أو في قدر المسافة أو المكان المحدد لوجود الضائع فقال المالكية والشافعية : تحالف الطرفان ، وفسخ العقد ، ووجب أجرة المثل ، كما لو اختلفا في عقد الإجارة .

وقال الحنابلة : القول قول المالك بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ، ولأن القول قوله في أصل العوض ، فكذلك في قدره ، كرب المال في المضاربة ، ولأنه منكر لما يدعيه العامل زيادة عما يعترف به ، والأصل براءته منه . ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الأجر . فإن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل .

الفصل الخامس

الشركات

يتضمن مبحثين ـ الأول : شركات الأموال ، والثاني ـ شركة المضاربة

المبحث الأول ـ شركات الأموال :

تمهيد في تعريف الشركة ومشروعيتها :

الشركة لغة : هي الاختلاط أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما . ثم أطلقت عند الجمهور على العقد الخاص بها ، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين ؛ لأن العقد سبب الخلط[1] .

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحاً ، فقال المالكية : هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء حق التصرف لكل منهما[2] .

وقال الحنابلة : الشركة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف[3] .

وقال الشافعية : الشركة : ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع[4] .

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٥/٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٣١٢/٣ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٤٨/٣ .

(٣) المغني : ١/٥ .

(٤) مغني المحتاج : ٢١١/٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٣٣٢/٢ .

وقال الحنفية : الشركة : عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح[(١)] . وهو أولى التعاريف لأنه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد ، أما التعاريف الأخرى فهي بالنظر إلى هدف الشركة وأثرها أو النتيجة المترتبة عليها .

مشروعية الشركة : قد ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وإنَّ كثيراً من الخُلَطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، وقليل ما هم ﴾ والخلطاء : هم الشركاء .

وأما السنة ففي الحديث القدسي فيما يروى عن أبي هريرة رفعه إلى النبي ﷺ قال : إن الله عز وجل يقول : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده[(٢)] والمعنى : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، أمدهما بالمعونة في أموالهما وأنزل البركة في تجارتهما ، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما .

وقد بعث رسول الله ﷺ ، والناس يتعاملون بالشركة فأقرهم عليها ، كما ثبت في أحاديث كثيرة[(٣)] وقال عليه السلام : « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا »[(٤)] .

والمسلمون أجمعوا على جواز الشركة في الجملة ، و إنما اختلفوا في أنواع منها[(٥)] ولذا فإنا سنتكلم عن الشركة بأنواعها .

---

(١) رد المحتار : ٣/ ٣٦٤ .

(٢) وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حبان وقد ذكره ابن حبان في الثقات ، وسكت أبو داود والمنذري عن هذا الحديث ، وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام (انظر جامع الأصول : ١٠٨/٦ ، نيل الأوطار : ٢٦٤/٥) .

(٣) انظر نصب الراية للحافظ الزيلعي : ٤٧٤/٣ ، جامع الأصول ، المرجع السابق ، التلخيص الحبير: ص ٢٥١ .

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني : ١/٥ .

(٥) المغني ، المرجع السابق .

تقسيم الشركة : الشركة قسمان : شركة أملاك : وهي الشركات الإجبارية في القوانين الوضعية ، وشركة عقود : وهي الشركات الاختيارية في القوانين .

شركة الأملاك : هي أن يتملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة ، وهي نوعان[1] :

١ ـ شركة اختيار : وهي التي تنشأ بفعل الشريكين ، مثل أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما شيء أو يوصى لهما بشيء ، فيقبلا ، فيصير المشترى والموهوب والموصى به مشتركاً بينهما شركة ملك .

٢ ـ شركة جبر : وهي التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلهما ، كأن يرث اثنان شيئاً ، فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك .

وحكم هذه الشركة بنوعيها : هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه ، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه ، إذ لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر[2] .

شركة العقود : هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه[3] ، وهو تعريف الحنفية السابق . وهي أنواع خمسة عند الحنابلة : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه ، والمضاربة . وقسمها الحنفية إلى ستة أنواع : وهي شركة الأموال ، وشركة الأعمال ، وشركة الوجوه . وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان[4] . وفي الجملة فإن الشركة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ،

---

(١) البدائع : ٥٦/٦ ، فتح القدير : ٣/٥ ، رد المحتار : ٣٦٤/٣/ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٤ .

(٢) البدائع : ٦٥/٦ ، المبسوط : ١٥١/١١ ، تبيين الحقائق : ٣١٢/٣ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة : ٨٣/٣ . أما الاشتراك في الربح دون الاشتراك في رأس المال فهو شركة المضاربة التي سيأتي بحثها .

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي : ٣١٣/٣ .

وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه[1] .

واتفق العلماء على أن شركة العنان جائزة صحيحة . وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها :

فالشافعية والظاهرية والإمامية يجعلون كل الشركات باطلة ما عدا شركة العنان وشركة المضاربة .

والحنابلة أجازوا كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة .

والمالكية أجازوا كل الشركات ما عدا شركة الوجوه ، وما عدا شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية .

وأما الحنفية والزيدية فأجازوا كل هذه الشركات دون استثناء إذا توافرت شروط معينة . وسأبحث شركة العقود وفقاً لمنهج الحنفية في التقسيم ، في المطالب الآتية . وأما شركة المضاربة فأخصص مبحثاً مستقلاً لها .

خطة الموضوع :

المطلب الأول ـ كيفية انعقاد شركات العقود .
المطلب الثاني ـ شرائط شركة العقود .
المطلب الثالث ـ أحكام شركة العقود .
المطلب الرابع ـ صفة عقد الشركة ويد الشريك .
المطلب الخامس ـ مبطلات عقد الشركة .
المطلب السادس ـ الشركة الفاسدة .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٤٨ ، مغني المحتاج : ٢/٢١٢ .

المطلب الأول ـ كيفية انعقاد شركات العقود

ركن شركة العقود عند الحنفية : الإيجاب والقبول : وهوأن يقول أحد الشريكين للآخر : شاركتك في كذا وكذا ، ويقول الآخر : قبلت وهي ثلاثة أنواع : شركة أموال ، وشركة وجوه ، وشركة أعمال أو صنايع[1] . وسنذكر تعاريف كل نوع منها .

وأركان الشركة عند الجمهور ثلاثة : عاقدان ومعقود عليه وصيغة .

أولاً ـ تعريف شركة الأموال :

وهي أن يشترك اثنان في مال ، فيقولا : اشتركنا فيه على أن نبيع ونشتري معاً ، أو أطلقا (أي لم يحددا البيع أو الشراء) ، على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا ، أو يقول أحدهما ذلك ، ويقول الآخر : قبلت . وهي إما مفاوضة أو عنان .

١ ـ شركة العنان[2] : وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما[3] ، وهي جائزة بالإجماع كما ذكر ابن المنذر[4] .

وإنما اختلف في بعض شروطها ، كما اختلف في علة تسميتها ، فقيل : سميت بالعنان ؛ لأن الأصل في الشريكين أن يتساويا في المال والتصرف ، كالفارسين إذا

---

(١) فتح القدير : ٤/٥/ وما بعدها ، البدائع : ٥٦/٦ ، رد المحتار : ٣٦٨/٣ ، مجمع الضمانات : ص/٢٩٧ .

(٢) العنان بكسر العين وتفتح .

(٣) أي والخسارة عليهما أيضاً ، فالشركاء يشتركون في الربح والخسارة ، ولا يصح إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسارة مع مقاسمته في الربح ، وهذا المبدأ مقرر شرعاً وقانوناً .

(٤) معنى شركة العنان هذا متفق عليه بين الحنفية والشافعية والزيدية والجعفرية والظاهرية والحنابلة في أحد قولين عندهم ، فلا تنشأ الشركة إلا بالتصرف برأس المال بالشراء . وقال المالكية وفي قول راجح عند الحنابلة : تنعقد شركة المال بمجرد إنعقاد العقد بين الشركاء . وهذا هو المقرر قانوناً . (الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف : /٣٢ـ٣٥ ، ٤٨) .

سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عناني فرسيهما يكونان سواء. وشركة العنان: اتفاق الرجلين على الاشتراك في شيء معلوم من مالهما، وانفراد كل بباقي ماله، فهما متساويان فيما يشتركان فيه. وقال الفراء: هي مشتقة من عَنَّ الشيء: إذا عرض، يقال: عنَّت لي حاجة: إذا عرضت، فسميت الشركة عناناً؛ لأن كل واحد منهما عنَّ له أن يشارك صاحبه، أو أنها تقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها. قال السبكي: المشهور أنها مأخوذة من عنان الدابة وهو ما تقاد به، كأن كل واحد من الشريكين أخذ بعنان صاحبه، لا يطلقه يتصرف حيث شاء[1].

وهذا النوع من الشركات هو السائد بين الناس[2]؛ لأن شركة العنان لا يشترط فيها المساواة لا في المال ولا في التصرف، فيجوز أن يكون مال أحد الشريكين أكثر من الآخر، كما يجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً عن الشركة والآخر غير مسؤول، وهي من أجله ليس فيها كفالة، فلا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات، أما تصرفات شريكه فهو غير مسؤول عنها، ويجوز مع ذلك أن يتساويا في الربح أو يختلفا، فيوزع الربح بينهما حسب الشرط الذي اتفقا عليه، أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال فحسب، عملاً بقاعدة: «الربح على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين».

٢ ـ **شركة المفاوضة**: المفاوضة في اللغة: المساواة. وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح وفي القدرة على التصرف

---

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٠٧، المبسوط: ١٥١/١١، فتح القدير: ٢٠/٥، البدائع: ٥٧/٦، رد المحتار: ٣٧٣/٣، الشرح الكبير: ٣٥٩/٣، المغني: ١٣/٥، مغني المحتاج: ٢١٢/٢.

(٢) يختلف معنى شركة العنان بين الحنفية والمالكية، فعند الحنفية تتضمن هذه الشركة توكيل كل شريك لصاحبه في التصرف، وذلك ما يجعل له حق الاستقلال به إذا أراد. أما عند المالكية فلا تتضمن ذلك، ولا يملك أحد الشركاء أن يتصرف منفرداً إلا بإذن صاحبه. وفي هذه الحالة تكون الشركة شركة أملاك عند الحنفية وإذا كان الشريك مطلق التصرف في رأس المال مستقلاً بدون إذن صاحبه فالشركة مفاوضة عند المالكية (راجع الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف).

وغيرها ، قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات ، يفوض كل واحد من الشريكين أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق . وقيل : هي من التفويض ؛ لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال في غيبته وحضوره . وقال المالكية والشافعية : سميت مفاوضة من تفاوض الرجلان في الحديث : شرعا فيه جميعاً .

وهي في الاصطلاح : أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط أن يكونا متساويين في رأس مالهما وتصرفهما ودينهما أي (ملتهما) ، ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع ، أي أن كل شريك ملزم بما ألزم شريكه الآخر من حقوق ما يتجران فيه ، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر ، أي أنهما متضامنان في الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه ، ويكون كل واحد منهما فيما يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل له ، وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه .

فهما يتساويان في رأس المال وفي الربح ، فلا يصح أن يكون أحدهما أكثر مالاً من الآخر ، كأن يملك أحدهما ألف دينار والآخر خمسمائة ، ولو لم يكن المبلغ مستعملاً في التجارة ، أي أنه لا يجوز أن يبقيا شيئاً من جنس مال الشركة إلا ويدخلانه في الشركة . ويشترط التساوي في التصرف فلا تصح بين صبي بالغ ، ولا بين مسلم وكافر[1] ، ولا يصح أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر . فإذا تحققت المساواة الكاملة انعقدت الشركة ، وكان كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه وكفيلاً عنه يطالب بما يعقده صاحبه ، ويسأل عن جميع تصرفاته . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، أو تملك أحد الشركاء مالاً يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد ، تحولت الشركة إلى شركة عنان ، لعدم تحقق المساواة[2] .

---

(١) أجاز أبو يوسف هذه الشركة مع اختلاف الملة مع الكراهة (الدر المختار : ٣/٣٦٩) .

(٢) يلاحظ أنه لا يشارك أحد المتفاوضين صاحبه فيما يرث من ميراث عيني ولا جائزة يمنحها الحاكم له أو هبة أو هدية إلا عند ابن أبي ليلى .

وعلى هذا فإن هذه الشركة تتطلب الاشتراك بين الشريكين في كل ما لهما من الحقوق كإرث نقدي وركاز ولقطة ، وما عليهما من الواجبات التي يلتزم بها كل واحد من دين بسبب التجارة واستقراض وضمان غصب وقيمة متلف وأرش[(١)] جناية على الدابة أو الثوب مثلاً ونحوها من مغارم الأموال[(٢)] في قول أبي حنيفة ومحمد[(٣)] .

وبعبارة أخرى : تنعقد شركة المفاوضة على أساس الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال يصح أن يكون رأس مال للشركة وهو النقود الحاضرة ، مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال ، وعلى أن يعمل كل شريك في مال صاحبه مستبداً برأيه .

فإذا اختص أحد الشركاء فيها بملك مال يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد كالنقود لا تكون شركة مفاوضة ، وإن عقدت بلفظها ، لانعدام المساواة في المال ، ولكن إذا اختص أحدهم بملك عَرَض أو دين على إنسان ، أو بملك عقار لم يؤثر المملوك في صحتها ؛ لأن كل ذلك لا يصلح أن تعقد عليه الشركة ، فكان كاختصاص الشريك فيها بالزوجة[(٤)] . فإذا استحق الشريك مالاً من إرث ونحوه ، تفسد المفاوضة إذا كان المال نقوداً دراهم أو دنانير وتم قبضه فعلاً ، أما إذا قبض عروضاً أو عقاراً فلا تفسد المفاوضة .

وقد أجاز الحنفية والزيدية هذه الشركة لقوله عليه السلام : «إذا تفاوضتم

---

(١) الأرش : هو العوض المحدد شرعاً لما دون النفس بسبب الجناية على عضو مثلاً .

(٢) لأن الجاني يملك المجني عليه بالضمان (رد المحتار :٣ /٣٧١) .

(٣) المبسوط : ١٥٣/١١ ، ١٧٧ ، ١٨٩ ، فتح القدير : ٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٥٨/٦ ، تبيين الحقائق : ٣١٣/٣ ، مجمع الضمانات : ٢٩٤/ ، رد المحتار : ٣٦٩/٣ ، ٣٧٢ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٦ ، بداية المجتهد : ٢٥١/٢ ، الشرح الكبير : ٣٥١/٣ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، المهذب : ٣٤٦/١ ، المغني : ٢٦/٥ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٨٩/٣ ، الميزان : ٨٢/١ ، المنتزع المختار : ٣٥٤/٣ .

(٤) حاشية الشلبي على الزيلعي : ٣١٤/٣ ، الشركات للأستاذ الخفيف :ص ٥٨/ وما بعدها .

فأحسنوا المفاوضة » ، « فاوضوا فإنه أعظم للبركة »[1] ولأن الناس يتعاملون بها في سائر الأعصار من غير نكير من أحد . وأما الجهالة الحاصلة فيها وهي أنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس ، والكفالة بمجهول ، فإنها متحملة ، لأنها تثبت تبعاً ، والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً ، كما هو الحال في المضاربة ، فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس .

وأما المالكية فقد أجازوا شركة المفاوضة بغير هذا المعنى الذي ذكره الحنفية : وهو أن تعقد الشركة على أن يكون كل شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالا ، دون حاجة إلى أخذ رأي شركائه ، حاضرين أم غائبين ، بيعاً وشراء وأخذاً وعطاء وكراء واستكراء ، وضماناً وتوكيلاً وكفالة وقراضاً وتبرعاً وغيرها مما تحتاج إليه التجارة من تصرف . ويلزم كل شريك بكل ما يعمله شريكه . ولا تكون إلا فيما تم العقد عليه من أموالهم ، دون ما ينفرد به كل منهم من مال لم يدخله في الشركة .

أما إذا عقدت الشركة على ألا يستبد (ينفرد) أحد الشركاء بالتصرف في رأس المال ، وليس له إلا أن يعمل مع شركائه جميعاً ، فإنها حينئذ تسمى عندهم شركة عنان[2] .

وعلى هذا فشركة المفاوضة بمفهومها عند المالكية ، لا خلاف فيها عند الفقهاء .

أما شركة المفاوضة بالمعنى الذي ذكره الحنفية والزيدية ، فلا يجيزها الشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء ، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله ، ولأن تحقق المساواة بالمعنى

---

(١) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث وما قبله : غريب أي لا أصل له ، ثم حاول أن يجد أصلاً للحديث ، فقال : أخرج ابن ماجه في سننه عن صهيب قال : قال رسول الله ﷺ : ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وإخلاط البر بالشعير ، لا للبيع ، ثم قال الزيلعي : ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) بدل (المقارضة) (راجع نصب الراية : ٤٧٥/٣) .

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي لأستاذنا المرحوم علي الخفيف : ٣٤/ ، الإفصاح : ٢٥/ ، القوانين الفقهية : ٢٨٣/ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥١/٣ ، ٣٥٩ ، الخرشي : ٤٣/٦ .

المطلوب في هذه الشركة أمر عسير، ولأن فيه غرراً كثيراً وجهالة، فلم يصح كبيع الغرر. وبيان وجه الغرر فيه: هو أنه يلزم كل واحد منهما ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: «إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، فلا باطل أعرفه في الدنيا» وأما الحديث السابق فهو غير معروف، ولا رواه أصحاب السنن؛ بل إنه ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث، ولهذا روي فيه: «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان»[1].

والواقع أن شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية غير متيسرة الوجود، إن لم تكن متعذرة التحقيق[2].

ثانياً ـ تعريف شركة الوجوه أو الشركة على الذمم:

هي أن يشترك وجيهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا في ذممهما بالنسيئة «أي بمؤجل»، ويبيعا بالنقد، بما لهما من وجاهة عند الناس، فيقولا: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح أي (من فرق الأثمان)، فهو بيننا على شرط كذا.

وسمي هذا النوع شركة الوجوه، لأنه لا يباع بالنسيئة إلا لوجيه من الناس عادة. وهي معروفة بالشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.

(١) المراجع السابقة. قال الحنابلة: شركة المفاوضة الصحيحة: هي تفويض كل شريك إلى صاحبه شراءً وبيعاً في الذمة، ومضاربةً وتوكيلاً، ومسافرةً بالمال، وارتهاناً وضماناً، ما يرى من الأعمال، أو يشتركان في كل ما يثبت لهما وعليهما إن لم يدخلا كسباً نادراً أو غرامةً كوجدان لقطة أو ركاز وما يحصل من ميراث أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش أو جناية وعارية ومهر (غاية المنتهى: ١٨٢/٢) وانظر المغني: ٢٦/٥. وقد تطلق شركة المفاوضة عند الحنابلة على أن يشترك الشريكان في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده، فصح مع غيره. (انظر المغني: ٢٥/٥).

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق: ٦١/.

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة والزيدية ، لأنها شركة عقد تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء ، وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما صحيح ، فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك . هذا بالإضافة إلى أن الناس تعاملوا بها في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد . والخلاصة : أن ما اتفقا عليه يعد عملاً من الأعمال ، فيجوز أن تنعقد عليه الشركة[1] .

وقال المالكية والشافعية والظاهرية والإمامية والليث وأبو سليمان وأبو ثور : إن هذه الشركة باطلة ؛ لأن الشركة تتعلق بالمال أو بالعمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة[2] ، مع ما فيها من الغرر إذ أن كل شريك يعاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة ، أو بعمل مخصوص .

وبناء على الرأي الأول يصح تباين الشريكين في حصتهما في ملكية الشيء المشترى ، فيصح أن يكون لأحدهما النصف أو أكثر من النصف ، لحديث الرسول عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » . وأما الربح فيكون بينهما على قدر الحصة في الملك ، ولا يجوز أن يزيد أحدهما على ربح حصته شيئاً ؛ لأن الربح في هذه الشركة يستحق بقدر ضمان ثمن السلع المشتراة[3] بالمال والعمل ، والضمان يكون بقدر الحصة في الملك ، فيكون الربح بقدر ذلك ، فإن زاد الربح على مقدار الضمان ، زاد بلا مقابل وهو لا يجوز .

وأما الخسارة : فهي على قدر ضمان كل من الشركاء اتفاقاً .

---

(١) غاية المنتهى : ١٨٠/٢ ، المغني : ١٢/٥ ، البدائع : ٥٧/٦ ، فتح القدير : ٣٠/٥ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٣٠٣/ ، المبسوط : ١٥٤/١١ . ويمكن اعتبار هذه الشركة صحيحة قانوناً على أساس أن رأس مالها هو ما يشترى من السلع نسيئة .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، الخرشي : ٥٥/٦ ، ط ثانية ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، المهذب : ٣٤٦/١ ، الميزان للشعراني : ج ٨٣/١ ، القوانين الفقهية : ٢٨٤/ .

(٣) أي أن كل شريك يعد ضامناً لحصة من الثمن بقدر ما يخصه من الملك .

ثالثاً ـ تعريف شركة الأعمال أو الأبدان :

وهي أن يشترك اثنان على أن يتقبلا في ذممهما عملاً من الأعمال ، ويكون الكسب بينهما كالخياطة والحدادة والصباغة ونحوها ، فيقولا : اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة ، فهو بيننا على شرط كذا ، وهي المعروفة بشركة الحمالين وسائر المحترفة كالخياطين والنجارين والدلالين ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً ، سواء اتحدت حرفتهما كنجار ونجار ، أو اختلفت كخياط ونجار . وتسمى شركة الصنايع وشركة التقبل وشركة الأبدان وشركة الأعمال . وهي اليوم شائعة في ورشة الحدادة أو النجارة ونحوهما ، وتعتبر شركة التنقيب عن النفط ، وشركة التفريغ والشحن ونحوها من شركات الأعمال .

وهي جائزة عند المالكية والحنفية والحنابلة والزيدية ؛ لأن المقصود منها تحصيل الربح ، وهو ممكن بالتوكيل ، وقد تعامل الناس بها ولأن الشركة تكون بالمال ، أو بالعمل كما في المضاربة ، وهذا هنا عمل من الأعمال[1] . وقد قال ابن مسعود : « اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر ، فأصاب سعد أسيرين ، ولم أصب أنا وعمار شيئاً ، فلم ينكر النبي ﷺ علينا[2] » . فهذه شركة فيما يصيبون من سلب في الحرب .

إلا أن المالكية يشترطون لصحة هذه الشركة اتحاد الصنعة ، فتجوز بين محترفي صنعة واحدة ، ولا تجوز بين مختلفي الصنائع إلا إذا كان عَمَلا الشريكين متلازمين ، بأن يتوقف وجود عمل أحدهما على وجود عمل الآخر كنساج وغزال . ويشترطون لها

---

(١) البدائع : ٥٧/٦ ، ٧٦ ، فتح القدير : ٢٨/٥ ، مختصر الطحاوي : /١٠٧ ، المبسوط : ١٥٤/١١ وما بعدها ، مجمع الضمانات : /٣٠٣ ، رد المحتار : ٣٨٠/٣ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، المغني : ٣/٥ ، ١١ ، الخرشي : ٣٨/٦ ، ٥١ ـ ٥٣ ، الشركات للأستاذ الخفيف : /٩٩ ، القوانين الفقهية : /٢٨٤ ، غاية المنتهى : ١٨٠/٢ .

(٢) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي عبيدة عن عبد الله ، قال ابن تيمية في « منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار » عن هذا الحديث : « وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات » (راجع جامع الأصول : ١٠٨/٦ ، نيل الأوطار : ٢٦٥/٥) .

أيضاً اتفاق المكان الذي يعملان فيه ، فإن كان الشريكان في موضعين لم تجز الشركة .

ويجب عندهم أن يكون اقتسام الربح مناسباً لمقدار العمل المشترط على كل شريك . ويكفي فيه التقارب عرفاً بين الربح والعمل .

ويرى الحنابلة جواز هذه الشركة حتى في المباحات كالحطب والحشيش ونحوهما ، فتجوز عندهم فيما يشترك فيه الشريكان بأبدانهما من مباح كالاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب ، وأخذ سلب قتلى الحرب ، إلا أنهم قالوا : لا تصح شركة الدلالين .

وقال الشافعية والإمامية وزفر من الحنفية : هي شركة باطلة ؛ لأن الشركة تختص عندهم بالأموال لا بالأعمال[1] ؛ لأن العمل لا ينضبط ، فكان فيه غرر وعدم انضباط ، إذ لا يدري أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا ، ولأن كل واحد منهما متميز عن الآخر ببدنه ومنافعه ، فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا في الاحتطاب والاصطياد وسائر المباحات ، فإن ذلك لا يجوز حتى عند الحنفية ؛ لأن الشركة مقتضاها الوكالة ، ولا تصح الوكالة في تملك المباح ، لأنه يملك بالاستيلاء[2] .

المطلب الثاني ـ شرائط شركة العقود

اشترط علماء الحنفية شروطاً في شركات العقود ، منها ما هو عام لكل أنواع شركة العقود ، ومنها ما هو خاص .

---

(١) أبطل القانون المدني هذه الشركة لأنها لا تقوم على رأس مال ، فلا يجوز أن يكون رأس مال الشركة عبارة عن مجرد أعمال الشركاء ، وإنما يجب أن يتضمن جزءاً مادياً .

(٢) فتح القدير : ٣١/٥ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ .

أولاً ـ الشروط العامة في شركات العقود :

يشترط لصحة شركات العقود شرائط هي[1] :

١ ـ قابلية الوكالة : وهي أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة[2] ؛ لأن من حكم الشركة : ثبوت الاشتراك في الربح المستفاد بالتجارة ، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما ، إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في بعض أموال الشركة ، وعاملاً لنفسه في البعض الآخر . وبناء عليه تتطلب الشركة أن يأذن كل شريك لصاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال ، والوكيل هو المتصرف بإذن غيره . وبما أن الشركة على اختلاف أنواعها تتضمن معنى التوكيل ، أي وكالة كل شريك عن صاحبه ، فيشترط في الشركة قابلية الوكالة ، وأن يكون كل شريك أهلاً للوكالة والتوكيل . وما لا يجوز التوكيل فيه عند الحنفية خلافاً للجمهور : هو الاستيلاء على المباحات .

٢ ـ أن يكون الربح معلوم القدر بجزء محدد : أي بحيث تكون حصة كل شريك من الربح نسبة معلومة منه ، كخمسه أو ثلثه أو عشرة في المائة ، فإن كان الربح مجهولاً تفسد الشركة ؛ لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد .

٣ ـ أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً : فإن عينا ربحاً معيناً لأحدهما كعشرة أو مائة ، كانت الشركة فاسدة ؛ لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح ، ومن الجائز ألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين لأحد الشريكين ، فكان التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة .

---

(١) راجع فتح القدير مع العناية : ٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٥٨/٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، الخرشي : ٣٩/٦

(٢) هذا عند الحنفية احتراز عن الشركة في المباحات كالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد ، فإن الملك في هذه الحالات يقع لمن باشر سبب الملك بخصوصه . وأجاز الجمهور في الأظهر عند الشافعية التوكيل في تلك المباحات .

ثانياً ـ الشروط الخاصة بشركة الأموال :

يشترط في شركات الأموال شروط خاصة بها ، سواء أكانت الشركة عناناً أم مفاوضة ، وهي[1] :

١ ـ أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضرة ، إما عند العقد أو عند الشراء ، وهو رأي جمهور الفقهاء : فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً ولا مالاً غائباً ؛ لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك بواسطة التصرف ، والتصرف لا يمكن في الدين ولا في المال الغائب ، فلا يتحقق المقصود من الشركة ، ولأن المدين ربما لا يدفع الدين ، وقد لا يحضر المال الغائب .

وعلى هذا : لو دفع إنسان لآخر ألف درهم ، وقال له : أخرج مثلها ، واشتر بها وبع ، فما ربحت يكون بيننا ، فأخرج ألفاً واشترى بها ، جاز ، وإذاً فالمهم هو حضور المال عند الشراء ، ولا يشترط عند العقد ؛ لأن الشركة تتم بالشراء ، فيطلب الحضور عندئذ .

هل يشترط خلط المالين ؟

قال الجمهور (وهم الحنفية والمالكية والحنابلة)[2] : لا يشترط خلط المالين ، لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال ، ومورد العقد هو العمل ، والربح نتيجته والمال تبع ، فلا يشترط خلط المال كالمضاربة ، ولأن الشركة عقد على التصرف ، ففيها معنى الوكالة ، والوكالة جائزة في المالين قبل خلطهما ، فتجوز الشركة كذلك[3] ، فإن

---

(١) البدائع : ٥٩/٦ وما بعدها ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

(٢) مختصر الطحاوي :/١٠٧ ، فتح القدير : ٢٤/٥ ، البدائع : ٦٠/٦ ، المبسوط : ١٧٧/١١ ، بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ ، القوانين الفقهية :/٢٨٣ ، المغني : ١٦/٥ ، الخرشي : ٤١/٦ ، ط ثانية ، غاية المنتهى : ١٦٢/٢ .

(٣) يلاحظ أنه لا محل لاشتراط خلط الأموال في التشريع الوضعي ، لأن من آثار نشوء عقد الشركة وجود شخص اعتباري وهو الشركة ، تنتقل إليه ملكية رأس المال جميعه (الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف :/٤٦) .

الشركاء إذا صرحوا بأن يشتري أحدهم بهذه الدراهم، والآخر بهذه الدنانير على أن المشترى بينهما صح .

إلا أن المالكية قالوا : إن عدم اشتراط اختلاط المالين لا يعني عزلهما من كل الوجوه ، بل لابد من أن يكون الخلط إما حساً أو حكماً ، مثل أن يكون المالان في صندوق واحد ، وأيديهما مطلقة عليهما .

وقال زفر والشافعية والظاهرية والزيدية والإمامية : يشترط خلط المالين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، ولا بد من كون الخلط قبل العقد ، فإن وقع بعده لم يكف في الأصح ؛ لأن الشركة تعني الاختلاط ، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين ، فلا يتحقق معنى الشركة ، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين ، وإذا هلك أحد المالين قبل الخلط يهلك على صاحبه وحده ، وهذا ليس من مقتضى الشركة[1] .

ويترتب على هذا الخلاف أن الشركة تصح عند الجمهور إذا كان المالان من جنسين مختلفين كدراهم ودنانير ، أو من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كحنطة جديدة وحنطة عتيقة ، أو بيضاء وسوداء ، أو بيضاء وحمراء ، إذ لا يشترط عندهم خلط المالين .

ولا يصح ذلك عند الشافعية وزفر ، لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر ، لأنه يشترط خلط المالين خلطاً تاماً بحيث يتعذر التمييز بين المالين ، وهو لا يتحقق في مختلفي الجنس أو الصفة .

قال ابن رشد المالكي : « والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ؛ لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه »[2] .

---

(١) مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، المهذب : ٣٤٥/١ ، المنتزع المختار : ٣٥٤/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ .

٢ ـ أن يكون رأس مال الشركة أثماناً مطلقة[١] أي نقداً وهي الدراهم والدنانير في الماضي ، والنقود المتداولة الآن . وهـذا الشرط بـاتفـاق المـذاهب الأربعـة[٢] فلا تجوز الشركة في العروض[٣] من عقار أو منقول ، لأنها ليست من ذوات الأمثال ، وإنما هى من ذوات القيمة التي تختلف باختلاف أعيانها ، والشركة فيها تؤدي إلى جهالـة الربح عند قسمة مال الشركة ؛ لأن رأس المـال يتكون من قيمـة العروض لا عينهـا ، والقيمـة مجهولـة ؛ لأنهـا تعرف بـالحزر والظن ، وهو يختلف بـاختلاف التقويم ، فيصير الربح مجهولاً ، فيؤدي إلى المنـازعـة عنـد القسمـة . ثم إن الشركـة تتضمن الوكالـة ، والوكالـة لاتصح في العروض ، فلو قال شخص لغيره : بع عرضـك (أي متـاعـك أو دارك) على أن يكون ثمنه بيننا ، لا يجوز إذ الولاية عليه له وحده دون غيره ، أمـا لو قـال : اشتر بألف درهم من مالك على أن مـا اشتريتـه يكون بيننـا ، وأنـا أشتري بـألف درهم من مالي على أن ما أشتري يكون بيننا ، جاز ؛ لأن الشركة تكون في النقود .

وقال الإمام مالك : لايشترط كون رأس مال الشركة نقداً ، وإنما تصح الشركـة في الـدراهم والـدنـانير ، كما تصح في العروض سـواء اتفقـا جنسـاً أو اختلفـا ، وتكـون الشركة في العروض مقدرة بقيمتها ، ودليله أن الشركة عقـدت على رأس مـال معلوم ، فأشبه النقود[٤] .

ويترتب على هذا الشرط عند الحنفية في الرواية الراجحة ، وعند الحنابلـة : أنـه لا تصح الشركة في **التبر** (أي مالم يضرب من الذهب والفضة) **والنُقرة** (أي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة) بناء على أنه كالعروض .

---

(١) وهي التي لاتتعين بالتعيين .

(٢) البدائع : ٥٩/٦ ، فتح القدير : ١٤/٥ ، تبيين الحقائق : ٣١٦/٣ ، مختصر الطحاوي : ١٠٧/ ، المبسوط : ١٥٩/١١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، المغني : ١٣/٥ وما بعدها ، المهذب : ٣٤٥/١ ، رد المحتار : ٣٧٢/٣ ، الخرشي : ٤٠/٦ ، ط ثانية

(٣) قال في القاموس : العرض (أي بسكون الراء) : المتاع ، ويحرك أي يفتح الراء .

(٤) الشرح الكبير : ٣٤٩/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٩/٢ .

أما في الرواية الأخرى عند الحنفية فتجوز الشركة فيه ؛ لأنه كالأثمان المطلقة ، والمدار على تعامل الناس به ، فإذا تعاملوا به فحكمه حكم النقود ، وإن لم يتعاملوا به فحكمه حكم العروض . وأما الشافعية فقد أجازوا الشركة فيه ؛ لأنهم عدوه من المثليات[1] .

وأما **الفلوس**[2] : فلا تجوز الشركة فيها في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها إذا كانت كاسدة فهي كالعروض ، وإن كانت نافقة (أي رائجة) فهي ليست أثماناً مطلقة عندهما (أي لاتلازمها صفة الثمنية) لأنها تتعين بالتعيين في الجملة ، وتصير مبيعاً باصطلاح العاقدين . وإذا لم تكن أثماناً مطلقة لاحتمالها التعيين بالجملة في عقود المعاوضات ، لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض . وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة وابن القاسم من المالكية ؛ لأنها تنفق مرة وتكسد مرة أخرى فأشبهت العروض .

وقال محمد : يصح أن تكون الفلوس الرائجة رأس مال الشركة ؛ لأنها بحسب الأصل عنده تعتبر من الأثمان المطلقة ، لأن الثمنية لازمة لها[3] .

وأما الشركة على المثليات التي ليست بأثمان مطلقة من المكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض : فتصح الشركة فيها عند الشافعية والمالكية ؛ لأن الشافعية جعلوا العدديات المتقاربة من المثليات فتصح الشركة فيها على الأظهر عندهم ؛ ولأن المكيل أو الموزون إذا اختلط بجنسه ارتفع التميز بينهما ، فأشبه النقدين . وأما المالكية فأجازوا الشركة فيها بحسب قيمتها عند الخلط ، لا قيمتها عند البيع ، كما في العروض ؛ لأن خلط الطعامين مثلاً يجعل من المتعذر

---

(١) المراجع السابقة عند الحنفية .

(٢) الفلوس جمع فلس وهو قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) البدائع : ٥٩/٦ ، المغني : ١٥/٥ ، المبسوط للسرخسي : ١٦٠/١١ ، رد المحتار : ٣٧٢/٣ ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

فصلهما بخلاف العروض ، فإنه يمكن تمييز كل عرض عن غيره[1].

وقال الحنابلة : لاتجوز الشركة في ظاهر المذهب في المكيل والموزون والعدديات المتقاربة ، كما لاتجوز في سائر العروض[2].

وقال الحنفية والشيعة الإمامية والزيدية : لاتجوز الشركة في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة قبل الخلط ؛ لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عيناً ، فكانت كالعروض ، فهي ليست أثماناً مطلقة ، مع العلم بأن شرط جواز الشركة أن يكون رأس المال مما لا يتعين بالتعيين ، فلو قال شخص لغيره : بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز ، وأما بعد الخلط : فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين كالحنطة والأرز والشعير فلا تجوز ، وإن كانت من جنس واحد فلا تصح أيضاً عند أبي يوسف ، وإنما تصير شركة أملاك .

وقال أبو حنيفة ومحمد : تصح الشركة فيها بعد الخلط ، فيكون مذهب الحنفية قريباً من مذهب الشافعية .

وتظهر فائدة الخلاف عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح ، بأن كان المكيْل نصفين بين شريكين ، ولكنهما شرطا أن يكون الربح أثلاثاً ، فَخلطاه ، واشتريا به ، فعلى قول أبي يوسف : يكون الربح بينهما على قدر المالين نصفين . وعلى قول محمد : يكون الربح بحسب ما شرطا .

وجه قول أبي يوسف : هو أنه متمشٍ مع الأصل الذي بنى عليه الحنفية عدم جواز الشركة في المكيلات والموزونات ونحوها قبل الخلط : وهو أنها ليست أثماناً مطلقة على كل حال ، بل قد تكون تارة ثمناً ، وتارة مبيعاً ؛ لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس ، وشرط جواز الشركة ألا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين .

---

(١) مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، الشرح الكبير : ٣٤٩/٣ .

(٢) المغني : ١٣/٥ وما بعدها .

ووجه قول محمد : هو أن معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت في هذه الأشياء بعد الخلط ، فأشبهت الدراهم والدنانير ، بخلاف ما قبل الخلط ؛ لأن الوكالة التي هي من مقتضيات الشركة لاتصح في هذه الأشياء قبل الخلط .

والحيلة عند أبي يوسف في جواز الشركة بهذه الأشياء : أن يخلط المالان حتى تصير شركة ملك بينهما ، ثم يعقدا عليهما عقد الشركة[1] .

ثالثاً ـ الشروط الخاصة بشركة المفاوضة :

اشترط الحنفية شروطاً خاصة بشركة المفاوضة وهي[2] :

١ ـ أن يكون لكل من الشريكين أهلية الوكالة والكفالة : بأن يكونا حرين بالغين عاقلين راشدين ؛ لأن من أحكام المفاوضة أن ما يلزم أحدهما من الحقوق والواجبات فيما يتجران فيه يلزم الآخر ، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه ، كما أنه يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل .

٢ ـ المساواة في رأس المال قدراً وقيمة ابتداء وانتهاء ، في الرواية المشهورة : فلو كان المالان متفاضلين قدراً لم تكن مفاوضة ؛ لأن المفاوضة تنبىء عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن . وإذا كان المالان متفاضلين قيمة في الرواية المشهورة ، كأن تفاضل النقدان في قيمة الصرف لم تجز المفاوضة ؛ لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن ، فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد .

٣ ـ أن يكون كل ما يصلح أن يكون رأس مال للشركة لأحد المتفاوضين داخلاً

---

(١) انظر البدائع : ٦٠/٦ ، فتح القدير : ١٦/٥ ، المبسوط : ١٦١/١١ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع : ٦٠/٦ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٦٩/٣ وما بعدها .

في الشركة[1] : فإن لم يكن داخلاً في الشركة لم تكن مفاوضة ؛ لأن ذلك يتنافى مع مبدأ المساواة . أما مالا تصلح فيه المفاوضة كالعروض والعقارات والديون والأموال الغائبة ، فلا تلزم المشاركة فيه كالتفاضل في الزوجات والأولاد .

ولا تشترط المجانسة في المال ما دامت القيمة متحدة خلافاً للزيدية . وعليه إذا كان رأس مال أحدهما ذهباً ورأس مال الآخر فضة ، وهما متساويان قيمة ، صحت المفاوضة على أشهر الروايتين . كذلك لا يشترط كما ذكرنا اختلاط المالين خلافاً لزفر .

٤ ـ المساواة في الربح في المفاوضة : فإن شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة .

٥ ـ أن تكون المفاوضة في جميع التجارات : فلا يختص أحد الشريكين بتجارة دون شريكه ؛ لأن في الاختصاص إبطالاً لمعنى المفاوضة : وهو المساواة . وعلى هذا : يفهم سبب اشتراط أبي حنيفة ومحمد أن تكون المفاوضة بين مسلمين ، فلا تصح بين مسلم وكافر ؛ لأن الكافر الذمي مثلا يختص بتجارة لاتجوز للمسلم : وهي تجارة الخمر والخنزير .

وقال أبو يوسف : تجوز المفاوضة بين مسلم وكافر ، لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة .

٦ ـ أن تكون الشركة بلفظ المفاوضة : لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها .

---

(١) قال في كنز الدقائق والدر المختار : تبطل المفاوضة إن وهب لأحد الشريكين أو ورث ما تصح فيه الشركة ، ووصل إلى يده وهو النقدان ، لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال ، إذ المساواة في هذه الشركة شرط عند ابتدائها وفي حال استمرارها (تبيين الحقائق : ٣١٦/٣ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٧٢/٣) .

هذه هي شروط شركة المفاوضة ، فإذا فقد شرط منها انقلبت الشركة عناناً ؛ لأن شركة العنان لاتتطلب هذه الشروط[1] .

فلا يشترط في شركة العنان أهلية الكفالة ، فتصح ممن لاتصح منه الكفالة ، كالصبي المأذون بالتجارة ، ولا المساواة في رأس المال ، فتجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ، وأن يكون لأحدهما مال آخر لم يدخل في عقد الشركة .

ولا يشترط أن تكون في عموم التجارات ، فتجوز أن تكون عامة أو خاصة ببعض أنواع التجارة كالحبوب والأقمشة والحديد ونحوها ، كما أنها تجوز بين المسلم والذمي ؛ لأنه لاتشترط المساواة في شركة العنان .

كما لا يشترط التساوي في الربح ، فيجوز تفاضلهما وتساويهما فيه .

قال أستاذنا الشيخ علي الخفيف : والواقع أن شركة المفاوضة على ما ذهب إليه الحنفية والزيدية لاتعد شركة واقعية ، وليس لوجودها بقاء إذا ما وجدت ، فإن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة ، وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها لا يبقي عليها زمناً طويلاً . فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك ، أمر يكاد أن يكون أمراً عسيراً[2] .

رابعاً ـ شروط شركة الأعمال :

إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة ، فيشترط فيها شرائط المفاوضة السابق ذكرها ، مثل أهلية الكفالة ، والتساوي في الأجر ، ومراعاة لفظ المفاوضة .

أما اذا كانت الشركة عناناً ، فلا يشترط لها شيء من شروط المفاوضة وإنما

---

(١) البدائع : ٦٢/٦ ، رد المحتار : ٣٧٣/٣ .

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي : ٦٣/ .

تشترط أهلية الوكالة فقط . قال أبو حنيفة : ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة ، ومالا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة .

وإذا احتاجت الصنعة إلى استعمال آلة ، فاستعملها أحد الشريكين فلا يؤثر ذلك في ثبوت الشركة ، وهذا بشرط ألا يكون من عمله إجارتها لغيره . أما إذا أجرها فإن أجرتها تكون له خاصة ، لا مشتركة ، لأنها مقابل استعمال آلة مملوكة له ، فكانت مختصة به . وبناء عليه تفسد الشركة بين رجلين لأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤجرهما ، كما سنفصل في بحث الشركة الفاسدة ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة[1] .

خامساً ـ شروط شركة الوجوه :

إذا كانت شركة الوجوه مفاوضة ، فيشترط أن يكون الشريكان من أهل الكفالة ، وأن يلتزم كل منهما بنصف ثمن الشيء المشترى ، وأن يكون المشترى بينهما نصفين ، وأن يكون الربح بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة ؛ لأن هذه الشركة قائمة على المساواة التامة بين الشريكين .

وأما إذا كانت الشركة عناناً ، فلا تشترط الشروط المذكورة في المفاوضة ، فيصح تفاضلهما في الشيء المشترى ، ويكون التزامهما بثمن المشترى على قدر ملكيهما ، كما يكون الربح بينهما على قدر تحملهما ثمن المشترى ، فإذا شرط لأحدهما زيادة ربح على حصته يكون الشرط باطلاً ؛ لأن الربح يتقدر بقدر ضمانها ثمن المشترى[2] .

---

(١) البدائع : ٦٣/٦ وما بعدها ، المغني : ٦/٥ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ٦٥ .

المطلب الثالث ـ أحكام شركة العقود

شركة العقود إما أن تكون صحيحة أو فاسدة .

فإن كانت فاسدة : وهي التي اختل فيها شرط من شرائط الصحة السابق ذكرها ، فلا تفيد شيئاً مما سنذكره في أحكام الشركة[1] الصحيحة .

وفي الجملة قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن فسدت الشركة يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كل شريك على الآخر بأجرة عمله في ماله ؛ لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد[2] .

وأما الشركة الصحيحة : وهي التي استوفت شروط صحتها ، فيعرف حكمها بحسب كل نوع من أنواع الشركة ، كما يتبين مما يأتي .

أولاً ـ أحكام شركة العنان في الأموال :

١ ـ **شرط العمل :** يجوز في شركة العنان أن يشترط الشريكان العمل عليهما أو على أحدهما دون الآخر ، كأن يشتركا على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله من التجارة فهو بينهما على شرط كذا ، أو أن يبيع ويشتري أحدهما دون الآخر .

٢ ـ **توزيع الربح :** وأما الربح فيكون على قدر رأس المال متساوياً أو متفاضلاً ، فإن كان رأس المال متساوياً بينهما (أي مناصفة) يكون الربح بينهما متساوياً ، سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما ؛ لأن استحقاق الربح عند الحنفية

---

(١) البدائع : ٧٧/٦ .

(٢) مغني المحتاج : ٢١٥/٢ ، المغني : ١٧/٥ ، فتح القدير : ٣٣/٥ ، تبيين الحقائق : ٣٢٣/٣ ، غاية المنتهى : ١٦٩/٢ وما بعدها .

إما بالمال أو بالعمل أو بالتزام الضمان[1] ، وقد وجد التساوي في رأس المال ، فينبغي التساوي في الربح .

ويصح أيضاً عند الحنفية ما عدا زفر أن يتفاضل الشريكان في الربح حالة التساوي في رأس المال ، بشرط أن يكون العمل عليهما أو على الذي شرط له زيادة الربح ؛ لأن الربح كما قلنا يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان ، وزيادة الربح في هذه الحالة كانت بسبب زيادة العمل ؛ لأنه قد يكون أحد الشريكين أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فيستحق زيادة ربح على حساب شريكه ، لحديث : « الربح على ما شرطا ، والوضعية على قدر المالين »[2] .

وإن شرط العمل على أقلهما ربحاً ، فلا تجوز الشركة ؛ لأنه شرط لأحد الشريكين زيادة ربح بغير عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان . وكذلك لا تصح الشركة إذا شرط جميع الربح لأحد الشريكين ، ويلاحظ أنه ليس المراد بالعمل وجوده ، وإنما يكفي شرط العمل[3] .

ورأي الحنابلة والزيدية كالحنفية : يجوز أن يتفاضل الشريكان في الربح[4] . وأما **الخسارة** فهي على قدر رأس المال باتفاق المذاهب .

وقال المالكية والشافعية والظاهرية والإمامية وزفر من الحنفية : يشترط لصحة شركة العنان أن يكون الربح والخسران على قدر المالين أي نسبتهما ؛ لأن الربح نماء مالهما

---

(١) أما استحقاقه بالمال فلأنه يعد نماء للمال . وأما استحقاقه بالعمل في المال فلأنه شبيه بالأجرة ، لأنه جزاء العمل وناتج عنه . وأما استحقاق الربح بالضمان فلقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » أي مستحق بسببه ، فإذا صار المال مضمونا على الشريك بسبب من الأسباب التي توجب ضمانه ، وأصبح غير أمين فيه ، فإن جميع الربح يكون له لضمانه اياه ، لأنه خراج المال . ويعرف استحقاق الشريك من الربح بهذه الأسباب بالشرط .

(٢) أي الخسارة في الشركة على كل واحد منها بقدر ماله . قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً (أي لا أصل له) ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي (راجع نصب الراية : ٤٧٥/٣) .

(٣) فتح القدير : ٢١/٥ ، البدائع : ٦٢/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣١٨/٣ .

(٤) المغني : ٢٧/٥ ، المنتزع المختار : ٣٥٩/٣ ، غاية المنتهى : ١٦٥/٢ .

والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين ، أي أن الربح يشبه الخسران ، فكما أنه لو اشترط أحد الشريكين أن يتحمل فقط جزءاً من الخسران لم يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح زائداً عن رأس ماله لا يجوز ، فكان الربح والخسران تابعين للمال . ويترتب عليه أنه لو شرط الشريكان التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة ، فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما[1] .

٣ ـ **هلاك مال الشركة :** قال الحنفية والشافعية : إذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل الشراء وقبل الخلط ، بطلت الشركة ؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، وقد تعينت الشركة فيه ، وإذا هلك المعقود عليه يبطل العقد ، كما في البيع . هذا إذا هلك المالان . وأما بطلان العقد حال هلاك أحد المالين ، فلأن الشريك الذي لم يهلك ماله ، ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات المقصود لم يكن راضياً بشركته ، فيبطل العقد لعدم فائدته ، وأي مال هلك يهلك من مال صاحبه . وهذا بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة .

وإن اشترى أحد الشريكين بماله ، وهلك مال الآخر بعد الشراء ، فيكون ما اشتراه بينهما ؛ لأنه اشتراه حالة قيام الشركة ، فيصبح مملوكاً للشريكين ، فهلاك المال بعدئذ لا يغير حكم المالك ، وإذا وقع المشترى على الشركة يرجع الشريك على شريكه بحصته من الثمن ، لأنه اشترى نصفه بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه[2] .

وقال المالكية والحنابلة : تنشأ الشركة بمجرد العقد ويصير به رأس المال مشتركاً بين الشركاء . فإذا هلك أحد المالين قبل الخلط أو قبل التصرف يهلك على حساب الشركاء[3] .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨٤ ، بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٦/٢ ، المهذب : ٣٤٦/١ .

(٢) فتح القدير : ٢٣/٥ ، المبسوط : ١٦٧/١١ .

(٣) غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

٤ ـ **التصرف بمال الشركة :** لكل واحد من شريكي العنان أن يبيع مال الشركة ؛ لأنها بعقد الشركة أذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، فيصير كل واحد من الشريكين وكيلاً عن صاحبه بالبيع .

ولكل شريك أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة (أي بالدفع حالاً أو مؤجلاً) لأنه وجد الإذن بالبيع مطلقاً بمقتضى الشركة ، ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة .

ولا يجوز البيع نسيئة عند الشافعية . وعند الحنابلة فيه روايتان ، أرجحهما أنه يجوز البيع نسيئة[(١)] .

وللشريك أن يبيع بقليل الثمن وكثيره إلا بما لا يتغابن الناس في مثله ؛ لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به ، فكان مستثنى من العقد دلالة .

وللشريك أيضاً أن يشتري بالنقد وبالنسيئة إذا كان في يده نقود « دراهم أو دنانير » أو مكيل أو موزون ، فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة ، أو اشترى بالمكيل أو الموزون شيئاً نسيئة ؛ لأن الشريك وكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة ، ولأنه يمكنه حينئذ وفاء الثمن مما تحت يده من هذا المال في الحال .

فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير ، وصار رأس مال الشركة كله أعياناً وأمتعة ، فاشترى بدراهم أو بدنانير شيئاً نسيئة ، فيكون المشترى له خاصة دون شريكه ؛ لأنه لو صح في حق شريكه صار مستديناً على مال الشركة ، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بها ، كالشريك المضارب ؛ لأنه يصير رأس مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه ، فلا يجوز من غير رضاه[(٢)] .

---

(١) غاية المنتهى : ١٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٤/٢ .

(٢) البدائع : ٦٨/٦ ، رد المحتار : ٣٧٧/٣ .

ونذكر هنا أهم أنواع التصرفات :

آ ـ **إبضاع مال الشركة وإيداعه :** للشريك أن يبضع[1] مال الشركة ؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، والإبضاع من عاداتهم ، ولأن له أن يستأجر على العمل في البضاعة بأجر ، فيكون الإبضاع أولى ، إذ أن من يملك الأعلى يملك الأدنى ، وللشريك أيضاً أن يودع مال الشركة ؛ لأن الإيداع من عادة التجار ، ومن ضرورات التجارة أيضاً .

وخالف الشافعية في ذلك ، وللحنابلة في جواز الإبضاع روايتان .

ب ـ **المضاربة بمال الشركة :** وللشريك أن يدفع المال إلى شخص للمضاربة فيه ، وهو ظاهر الرواية عند الحنفية والأصح ؛ لأن الشريك يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة ، فلأن يملك الدفع مضاربة أولى ؛ لأن الأجير يستحق الأجر ، سواء حصل في الشركة ربح أم لم يحصل ، والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح ، فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى .

جـ ـ **التوكيل بالبيع وبالشراء :** وللشريك أن يوكل بالبيع ؛ لأن التوكيل دون المضاربة ، كما له أن يوكل بالشراء ؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات ، إذ التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه ، فيحتاج إلى التوكيل ، فكان التوكيل من ضرورات التجارة .

د ـ **الرهن والارتهان :** وله بإذن شريكه أن يرهن متاعاً من الشركة بدين

---

(١) أي أن يدفع مالا من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا بدون جُعْل (الشرح الكبير للدردير : ٣٥٢/٢ ، ٥٢١ ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢) قال ابن عابدين في رد المحتار : ٣٧٧/٣ : في القاموس : الباضع : الشريك ا هـ . والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل . وعرف الشافعية الإبضاع بتعريف أوضح مما سبق : وهو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً . والبضاعة : المال المبعوث (راجع مغني المحتاج : ٣١٢/٢) . انظر أحكام المباضعة في مجمع الضمانات : ص ٣١٣ .

وجب بعقد مارسه وهو الشراء ، وأن يرتهن بما باعه ؛ لأن الرهن إيفاء الدين ، والارتهان استيفاؤه ، وأنه يملك الإيفاء والاستيفاء[1] .

هـ ـ الحوالة بثمن البضاعة : وله أن يقبل الحوالة بالثمن وأن يحيل ؛ لأن الحوالة من أعمال التجارة ؛ لأن التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الغنى والإعسار ، فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء ، فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء .

ح ـ الالتزام بحقوق العقد : وكل ما يتعلق بحقوق العقد من القبض وتسليم المبيع والخصومة[2] يلتزم بها الشريك الذي مارس العقد دون شريكه ، فلو باع أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن ، وكذلك كل دين لزم إنساناً بعقد مارسه أحدهما ليس للآخر قبضه ، وللمدين أن يمتنع عن دفعه إليه ؛ لأن القبض من حقوق العقد ، وهي متعلقة بالعاقد ، وليس لأحد الشريكين أن يخاصم في أمر صدر من شريكه كبيع أو إدانة ؛ لأن الخصومة من حقوق العقد ،وحقوق العقد تتعلق بالعاقد . ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن ، وليس للشريك قبض المبيع لما ذكرنا .

ط ـ السفر بمال الشركة : وأما السفر بمال الشركة فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد في أصح الروايات والمالكية والحنابلة ؛ لأن الإذن بالتصرف يثبت بمقتضى الشركة ، والشركة صدرت مطلقة عن المكان ، والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل . وعند أبي يوسف والشافعي : لا يجوز له السفر إلا بإذن شريكه ، لأن السفر له خطر ، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه .

ي ـ التبرع بمال الشركة أو الإقراض : وليس لأحد الشريكين أن يهب

---

(١) فتح القدير : ٢٦/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٧٨/٣ .

(٢) أي كل ما يتعلق بالدعوى التي تثار لدى القضاء بسبب منازعة تنشأ من العقد .

شيئاً من مال الشركة ؛ لأن الهبة تبرع ، وهو لا يملك التبرع على شريكه ، كما ليس له أن يقرض شيئاً من مال الشركة ؛ لأن القرض لا عوض له في الحال ، فهو بمثابة التبرع ، وهو لا يملك التبرع على شريكه[1] .

وخلاصة كلام الشافعية : أن الشريك يتصرف بلا ضرر كالوكيل ، فلا يبيع نسيئة للغرر ، ولا بغير نقد البلد ، ولا بغبن فاحش ولا يسافر بالمال ولا يبعضه بغير إذن ؛ لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل .

ثانياً ـ أحكام شركة المفاوضة في الأموال :

إن كل ما ذكرناه من الأحكام مما يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله ، يجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله ، وإذا فعله فهو جائز على شريكه ؛ لأن المفاوضة أخص من العنان ، وكذلك كل ما كان شرطاً لصحة العنان فهو شرط لصحة المفاوضة ، وكل ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة ؛ لأن المفاوضة عنان وزيادة .

أما الأحكام الخاصة بشركة المفاوضة فهي ما يأتي[2] :

١ ـ الإقرار بالدين :

يختص شريك المفاوضة بأنه يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه ويطالب المقر له أيهما شاء ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره

---

(١) انظر هذه الأحكام التي ذكرناها في المبسوط : ١٧٤/١١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣٢٠/٣ ، فتح القدير : ٢٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٦٨/٦ ـ ٧٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٩٨ وما بعدها ، رد المحتار : ٣٧٧/٣ وما بعدها ، انظر أيضاً الشرح الكبير عند المالكية : ٣٥٢/٢ ، الخرشي : ٤٣/٦ ، بداية المجتهد : ٢٥٣/٢ ، وعند الحنابلة : غاية المنتهى : ١٦٧/٢ ، وعند الشافعية : مغني المحتاج : ٢١٤/٢ .

(٢) المبسوط : ١١ / ٢٠٣ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، البدائع : ٦ / ٧٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ / ٩ وما بعدها ، ٢٦ ، رد المحتار : ٣ / ٣٦٩ ، ٣٧٨ ، مجمع الضمانات : ص ٢٩٧ .

ويلزم شريكه بكفالته . وكذلك يختص بجواز الرهن والارتهان على شريكه بدون إذن شريكه ، خلافاً لما هو مقرر في شركة العنان .

٢ـ الالتزام بديون التجارة وما في معناها :

ويختص أيضاً بأن كل ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة أو ما في معنى التجارة يجب على الآخر تحقيقاً للمساواة بينهما ، وذلك كالالتزامات الثابتة بسبب عقود التجارة كثمن المبيع في البيع الصحيح ، وقيمته في البيع الفاسد ، وأجرة الشيء المأجور ، أو ما في معنى التجارة كضمان الشيء المغصوب ، وضمان الودائع والعواري[1] بسبب مخالفة طلب المودع في كيفية الحفظ ، وضمان الاستهلاكات والإجارات والرهن والارتهان .

والسبب في التزام كل شريك بدين التجارة : هو أنه دين بسبب الشركة ؛ لأن من مقتضيات عقد الشركة وجود البيع أو التجارة ، وكل شريك منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة . وأما ضمان الغصب فلأنه في معنى ضمان التجارة ، لأن تقرر الضمان فيه يفيد تملك الشيء المضمون ، فكان في معنى ضمان البيع . وأما المخالفة في الودائع والعواري والإجارات ونحوها فضمانها في معنى ضمان الغصب ، لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه .

٣ـ الالتزام بالكفالة المالية :

ويلتزم كل شريك بما يقوم به أحدهما من كفالة مالية عن شخص أجنبي عند أبي حنيفة ؛ لأن الكفالة وإن كانت تبرعاً في مبدأ الأمر ، فهي في النتيجة معاوضة لوجود معنى التمليك والتملك بين الكفيل والمكفول عنه ، فيرجع الكفيل عن المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بطلب منه .

---

(١) جمع عارية .

وقال الصاحبان : الكفالة لا تلزم الشريك ، لأنها تبرع بدليل أنها لا تصح من الصبي ، وتعتبر من ثلث التركة فقط إذا صدرت من الكفيل في حالة مرضه .

٤ ـ المطالبة بحقوق عقد البيع والشراء :

ويطالب كل شريك بكل ما يتعلق بحقوق عقد البيع والشراء ، فلو اشترى أحد الشريكين شيئاً يطالب الآخر بالثمن ، كما يطالب المشتري نفسه ، وله أن يقبض المبيع كما للمشتري نفسه ، وله أن يرد المبيع على البائع إذا وجد فيه عيباً ، وله حق المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع لغير البائع ، وله إقامة البينة عند حصول منازعة على شيء ، كما له أن يحلف الطرف المتنازع معه في حالة إنكاره العيب على عدم علمه به .

٥ ـ ضمان الجناية على الإنسان والمهر ونحوه والنفقة ونفقات المنزل :

أما أرش[1] الجنايات على الآدمي ، والمهر ، والنفقة ، وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، فلا يؤاخذ بها الشريك ؛ لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه ، فلا يلزم إلا المباشر لسببها ؛ لأن كل واحد لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا بديون التجارة ، وهذه الأشياء ليست متعلقة بالتجارة ولا بما في معنى التجارة ، لعدم وجود معنى معاوضة المال بالمال .

وكذلك كل ما يشتريه أحد الشريكين من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد منه ، ويشمل شراء بيت للسكنى ، واستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره ، فهو كله جائز ، وهو له خاصة استحساناً للضرورة ؛ لأن ذلك مما لا بد منه ، فكان مستثنى من المفاوضة ، لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال . لكن للبائع أن يطالب بثمن المشتريات أي شريك شاء ، وإن وقع المشترى للذي اشتراه خاصة ،

---

(١) أي دية الجراحات ، وقد سبق شرح ذلك .

لأن هذا مما يجوز فيه الاشتراك ، وكل واحد من الشريكين كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك ، إلا أنهم قالوا : إن الشريك يرجع على شريكه بما أدى بقدر حصته ؛ لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما لا على وجه التبرع بإذنه دلالة .

ومقتضى القياس أن يكون ما اشتراه أحد الشريكين من الطعام والكسوة والإدام لأهله مشتركاً بينهما ؛ لأن هذه من عقود التجارة ، فكانت من جنس ما يتناوله عقد الشركة .

ثالثاً ـ أحكام شركة الوجوه :

الشريكان في شركة الوجوه مفاوضة أو عناناً فيما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز : هما بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الأموال . فإذا أطلقا الشركة بينهما كانت شركة عنان ؛ لأن الشركة المطلقة تقتضي العنان .

وإذا اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة فيجوز ؛ لأنها ضما إلى الوكالة المطلقة الكفالة ، وهو جائز ، إلا أنه لا بد من التساوي فيما يتبايعانه ؛ لأن المفاوضة تمنع من التفاضل[1] .

ويلاحظ أن الحنابلة وإن أجازوا شركة الوجوه إلا أنهم قصروها على ما إذا كانت الشركة شركة عنان ، أما إذا كانت الشركة شركة مفاوضة فلا تجوز عندهم مطلقاً ، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله ، لما فيه من الغرر ، فلم يصح كبيع الغرر . ووجه الغرر كما قلنا : أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به .

رابعاً ـ أحكام شركة الأعمال :

أ ـ إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة : بأن ذكر لفظ المفاوضة أو ما هو في معنى

---

(١) راجع البدائع : ٦ / ٧٧ ، رد المحتار : ٣ / ٣٨٢ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٣ .

المفاوضة ، فيلزم كل شريك بما لزم صاحبه بسبب هذه الشركة ، ويطالب به ، ويجوز إقرار أحد الشريكين بالدين كثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت على نفسه وعلى شريكه ، وللمقر له أن يطالب بالدين أي شريك شاء ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فيلزم المقر بمقتضى إقراره ، والشريك بسبب كفالته[1] .

ومثال شركة المفاوضة في الأعمال : أن يشترك صانعان مثلاً في أن يتقبل كل منهما الأعمال ، وأن يضمنا جميعاً العمل على التساوي ، وأن يتساويا في الربح والخسارة (أي الوضيعة) ، وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما لزمه بسبب هذه الشركة .

ب ـ وإذا كانت شركة الأعمال عناناً : فما يتقبله كل شريك من العمل يلزمه ويلزم شريكه[2] ، وهي تشبه شركة المفاوضة بالنسبة لضمان العمل استحساناً ، فلصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ، كما أنه لكل شريك أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل ، فكان له المطالبة بكل الأجرة ، ويبرأ صاحب العمل بالدفع إلى أي شريك شاء .

وأما القياس : فلا يحق لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أي شريك شاء ، كما أنه ليس للشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب صاحب العمل بالأجرة ، ووجه القياس ظاهر : وهو أن هذه الشركة هي شركة عنان ، لا شركة مفاوضة ، وحكم شركة العنان أن ما يلزم كل شريك بعقده لا يطالب به الآخر .

ووجه الاستحسان : أن هذه الشركة تقتضي وجوب العمل على كل واحد من الشريكين ، وإذا كانت كذلك كانت مقتضية وجوب ضمان العمل[3] ، فكانت في معنى

---

(١) البدائع : ٦ / ٧٧ ، تبيين الحقائق : ٣ / ٣٢١ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) أي أنه يلزمه العمل معه فيه .

(٣) أي ضمان ما يقبله صاحبه إن ادعى تلفه أي يشترك معه في ضمانه .

المفاوضة بالنسبة لوجوب الضمان عن الشريك الآخر ، ولكنها ليست مفاوضة حقيقية ، بدليل أن غير هذين الشيئين (وهما مطالبة كل واحد منهما بالعمل واقتضاء البدل) تطبق عليه أحكام شركة العنان . فإذا أقر أحد الشريكين بدين كثمن صابون أو أشنان صار مستهلكاً ، أو أقر بأجر أجير أو حانوت بعد مضي مدة الإجارة ، فلا يصدق إقراره على صاحبه إلا بإقراره بنفسه أو بالبينة ؛ لأن نفاذ الإقرار على الآخر من مقتضيات المفاوضة ولم ينصا عليها . أما إذا كان المشترى لم يستهلك أو المدة لم تمض ، فإنه يلزمهما الدين بإقرار أحدهما ، مما يدل على أنه ليس لهذه الشركة حكم المفاوضة من جميع الأوجه ، وإنما من ناحية حق وجوب العمل فقط ، فيكون كل شريك كفيلا عن الآخر فيما تقبله من عمل . وهذا مذهب الحنابلة أيضاً[(١)] .

وأما الزيدية فإن هذه الشركة تتضمن عندهم التوكيل لا الكفالة على أصح القولين عندهم .

جـ ـ اقتسام الربح في هذه الشركة : أما اقتسام الربح في هذه الشركة فيكون بحسب الضمان لا بالعمل حقيقة ، فإذا عمل أحد الشريكين دون الآخر بأن مرض أو سافر فالأجر بينهما بحسب ما شرطا ؛ لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل فعلاً ؛ لأن العمل قد يكون من نفس الشريك ، وقد يكون من غيره كالخياط إذا استعان برجل على الخياطة ، فإنه يستحق الأجر ، وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه ، ويكفي اشتراط العمل عليهما .

ويجوز في هذه الشركة شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في ضمان العمل ، بأن شرطا لأحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر ، وللآخر الثلث ، وشرطا العمل عليهما أيضاً ، سواء عمل الذي شرط له الزيادة في الكسب أم لم يعمل ؛ لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل .

---

(١) المغني : ٥ / ٥ .

وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل في الواقع ، كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل ، فلو كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر جاز ؛ لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل .

د ـ اقتسام الخسارة في هذه الشركة : وأما الوضيعة[1] ، فهي أيضاً على قدر الضمان ، حتى إنه لو شرط الشريكان أن ما يتقبلانه من أعمال : ثلثاه على أحدهما ، وثلثه على الآخر ، والخسارة بينهما نصفان ، كان هذا الشرط العائد للخسارة باطلاً ، والشركة جائزة على ما شرطا على كل واحد منهما من ضمان العمل ؛ لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان ، كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضاً .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً ؛ لأن ضمان الجناية مبني على ضمان العمل ، وهذا قد ضمناه جميعاً[2] .

المطلب الرابع ـ صفة عقد الشركة ويد الشريك :

أولاً ـ حكم لزوم الشركة :

يرى جمهور الفقهاء أن عقد الشركة عقد جائز غير لازم[3] ، فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد ، إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بعلم الشريك الآخر ؛ لأن الفسخ من غير علم الشريك إضرار به ، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه ، وبما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل ، فيشترط العلم في الوكالة التي تضمنتها الشركة .

---

(١) الوضيعة : أي الخسران ، سواء أكانت لتلف أو نقصان ثمن أو غيره .

(٢) راجع البدائع : ٦ / ٧٦ وما بعدها ، المبسوط : ١١ / ١٠٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ / ٢٩ ومابعدها ، رد المحتار : ٣ / ٣٨١ .

(٣) البدائع : ٦ / ٧٧ ، المهذب : ١ / ٣٤٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٥ ، المغني : ٥ / ٢١ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٣ ، الدردير : ٣ / ٣٤٩ ، الحطاب : ٥ / ١٢٢ ، الخرشي : ٦ / ٣٩ ، الشركات في الفقه للأستاذ الخفيف : ص ٤٩ وما بعدها .

وكون الشركة عقداً غير لازم عند المالكية هو كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد وفي المقدمات . لكن جاء في مختصر خليل وشراحه أن المذهب المشهور لزومها بالعقد ، حصل خلط بين أموال الشركاء أم لا . وقال ابن عبد السلام : المذهب لزومها بالعقد ، ولا يتوقف ذلك على الشروع فيها بالتصرف . وهذا رأي الكثيرين من فقهاء المالكية ، ورجح بعضهم أنها تلزم بالشروع .

ثانياً ـ يد الشريك يد أمانة :

واتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة ، لأنه قبض المال بإذن صاحبه ، لا لأجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء ، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع الثمن ، ولا لأجل التوثق به كما في الرهن ، فإنه مقبوض لأجل التوثق بدينه ، وبناء عليه فإنه إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن ؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف ، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه . ويقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران وضياع بعض المال أو كله ، ولو من غير تجارة . ويضمن بالتعدي أو التقصير ، كما في سائر الأمانات[(1)] .

المطلب الخامس ـ مبطلات عقد الشركة :

هناك مبطلات تعم كل الشركات ، ومبطلات تخص بعضها دون بعض .

فأما المبطلات التي تعم الشركات كلها فهي[(2)] :

١ ـ فسخ الشركة من أحد الشريكين ، لأنه عقد جائز غير لازم ، كما عرفنا ، فكان محتملاً للفسخ . قال الحنابلة : من قال من الشركاء : عزلت شريكي ، ولو لم

---

(١) المبسوط : ١١ / ١٥٧ ، تبيين الحقائق : ٣ / ٣٢٠ ، فتح القدير : ٥ / ٢٧ ، رد المحتار لابن عابدين : ٣ / ٣٧٩ ، المهذب : ١ / ٣٤٧ ، المغني : ٥ / ١٨ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٣ .

(٢) البدائع : ٦ / ٧٨ ، تبيين الحقائق : ٣ / ٣٢٣ ، فتح القدير : ٥ / ٣٤ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٨ ، المبسوط : ١١ / ٢١٢ ، رد المحتار : ٣ / ٣٨٤ ، المهذب : ١ / ٣٤٨ ، المغني : ٥ / ٢١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٥ .

ينض[1] المال انعزل ، ويتصرف المعزول في قدر نصيبه . ولو قال : فسخت الشركة : انعزلا ، فلا يتصرف كل شريك إلا في قدر نصيبه .

٢ ـ موت أحد الشريكين : فإذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة لبطلان الملك ، وزوال أهلية التصرف بالموت ، سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم ؛ لأن كل شريك وكيل عن صاحبه ، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم ؛ لأن الموت عزل حكمي .

٣ ـ ارتداد أحد الشريكين ولحوقه بدار الحرب ، لأن ذلك بمنزلة الموت .

٤ ـ جنون الشريك جنوناً مطبقاً ؛ لأن بالجنون يخرج الوكيل عن الوكالة ، وقد عرفنا أن الشركة تتضمن الوكالة . والإغماء مثل الجنون ، ويقدر إطباق الجنون بشهر أو بنصف حول على الخلاف عند الحنفية .

وأما المبطلات التي تخص بعض الشركات دون بعض فهي[2] :

١ ـ هلاك مال الشركة كله أو مال أحد الشريكين قبل القيام بشراء شيء في شركة الأموال ، سواء أكان المالان من جنسين أم من جنس واحد قبل خلط المالين . والسبب فيه هو أن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، والمال في الشركة يتعين بالتعيين[3] ، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في عقد البيع . هذا إذا هلك مال الشركة .

---

(١) النض : أن تتحول أموال الشركة نقوداً بعد أن كانت أمتعة . وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير : النض والناضّ .

(١) المراجع السابقة ، فتح القدير : ٤ / ٢٢ ، المبسوط : ١١ / ١٦٤ ، ١٧٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، تبيين الحقائق : ٣ / ٣١٩ ، رد المحتار : ٣ / ٣٧٥ .

(٢) نص الحنفية على أن النقود بالقبض تتعين بالتعيين في الشركات والوكالات والأمانات والهبات والوصايا والغصوب ، ولا تتعين في المعاوضات ولا في المضاربة . والفرق بين الشركة والمضاربة أن تعين رأس المال يجب أن يكون لأنه محل العقد ، غير أنه في المضاربة أمكن أن يجعل تعيينه بالقبض لاشتراطه لتام المضاربة إذ لابد فيها من تسليم رأس المال إلى المضارب ، فكان هلاكه قبل القبض لا يعد هلاكاً لمحل العقد لعدم تعينه ، فلا تبطل المضاربة بهلاكه في هذه الحال بخلاف هلاكه بعد قبضه ، فتبطل حينئذ المضاربة لزوال محل العقد . أما =

أما إذا هلك أحد مالي الشريكين فتبطل الشركة أيضاً ؛ لأن الشريك لم يرض بشركة صاحبه إلا ليشركه في ماله ، فإذا هلك ماله لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة ، فيبطل العقد لعدم فائدته . ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه ، لأنه إذا كان المال في يده ، فالأمر ظاهر ، وإذا كان في يد صاحبه فإنه أمانة في يده كما عرفنا .

فإن حصل الهلاك لمال شريك بعد خلطه بمال الشريك الآخر ، فإنه يهلك على الشركة ؛ لأنه لا يتميز عن غيره ، فيجعل الهلاك من المالين . وكذلك إن اشترى أحد الشريكين بماله ، وهلك مال الآخر بعد الشراء قبل أن يشتري به شيئاً ، فإن المشترى يكون بين الشريكين بحسب ما شرطا ؛ لأن تملك الشيء المشترى حيث حدث أي (بالشراء) حدث مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعدئذ .

ثم الشركة الواقعة في هذا الشيء المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند الإمام محمد خلافاً للحسن بن زياد ، فإنها شركة ملك عنده ، فلا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه ؛ لأن شركة العقد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ، ولم يبق إلا حكم الشراء وهو الملك ، فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك .

وعلى قول محمد وهو الراجح : يجوز لأي منهما بيع كل المتاع ، وينفذ بيعه ، لأن الشركة قد تمت في المشترى ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها ، كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً .

وإذا وقع الشيء المشترى على الشركة فيرجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن ؛ لأنه اشترى نصفه له بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه ، فيرجع عليه بحسابه .

= في الشركة فليس يجب فيها قبض ، وعليه لا سبيل إلى تعيين محل العقد فيها إلا بالعقد ، فكانت النقود بذلك متعينة بناء على العقد عليها ، فيعد هلاكها قبل القبض في يد الشريك الآخر وبعده سواء في أنه مبطل للعقد فيها (الشركات في الفقه الإسلامي : ص ١١٣) .

وإن هلك مال أحد الشريكين ثم اشترى الآخر بماله الذي في يده ينظر: إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة بأن نصا في العقد على أن « ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا » فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ؛ لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فتكون شركة ملك .

وإن لم يصرحا بالوكالة في العقد وذكرا مجرد الشركة ، كان المشترى للذي اشتراه خاصة ؛ لأن الشركة لما بطلت بطل ما في ضمنها من الوكالة[1] .

٢ ـ عدم تحقق المساواة بين رأسي المال في شركة المفاوضة بعد وجودها في ابتداء العقد ؛ لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد شرط في انعقاد هذا العقد على الصحة ، فيكون بقاء تلك المساواة شرطاً لبقاء هذه الشركة منعقدة ؛ لأنها شركة مفاوضة ، سواء في ابتداء العقد أم في أثناء بقائه .

ويترتب على هذا أنه إذا انعقدت شركة المفاوضة ، وكان رأس المال متساوياً بين الشريكين ، ثم ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير، وصار المبلغ في يده ، فتبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد .

وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء ، بأن كان أحدهما دراهم ، والآخر دنانير، فزادت قيمة أحدهما قبل الشراء ، بطلت المفاوضة .

المطلب السادس ـ الشركة الفاسدة عند الحنفية :

عرفنا حكم الشركة الفاسدة ، ونذكر هنا أنواع الشركة الفاسدة عند الحنفية وهي :

أولاً ـ الاشتراك في أعمال جميع المباحات التي تملك بالأخذ ، مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ، والاستقاء ، واجتناء الثمر ، وحفر الأرض لاستخراج المعادن .

(١) راجع فتح القدير : ٥ / ٢٣ وما بعدها ، رد المحتار : ٣ / ٣٧٦ .

فإن اشترك اثنان في تلك الأعمال على أن ما أصابا من المباح فهو بينهما ، فالشركة فاسدة عند الحنفية ، ولكل واحد منهما ما أخذه ؛ لأن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل ؛ لأن أمر الموكل بأخذه غير صحيح ، لعدم ملكه وولايته ، والوكيل يملك أخذ المباح بدون توكيل ، فلا يصلح الوكيل نائباً عن الموكل في المباح ؛ لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل ، وهذا غير متحقق ههنا ، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة .

وإذا كانت الشركة في المباحات فاسدة ، فيثبت الملك لكل واحد منهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، ثم ينظر:

آ ـ إن أخذاه جميعاً معاً ، فهو بينهما نصفان ، لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، فيستويان في الاستحقاق .

ب ـ وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً من المذكور على الانفراد ، كان المأخوذ ملكاً له ؛ لأن سبب ثبوت الملك في المباحات هو الأخذ والاستيلاء ، وكل واحد منهما انفرد بالأخذ والاستيلاء فينفرد بالملك .

جـ ـ وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً على الانفراد ، ثم خلطاه ، وباعاه : فإن كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما . وإن كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة ، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة الذي له ؛ لأن المكيل والموزون من الأشياء المتماثلة ، فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن ، أما غير المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة ، فلا تمكن قسمة الثمن بينهما بحسب العين ، فيقسم بحسب القيمة .

وإن لم يعلم الكيل والوزن والقيمة ، يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه إلى النصف من المأخوذ ، مع اليمين على دعوى صاحبه . فإن ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله إلا ببينة .

د ـ وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر ، أو قلعه وجمعه أحدهما وحمله الآخر ، فكله للعامل وللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد ؛ لأن المسمى مجهول ، إذ لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان ، وأي قدر منه يجمعان ، ولا يدريان أيضاً هل يصيبان شيئاً أو لا ، والرضا بالمجهول لغو ، فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة ، وصار مستوفياً منافعه بعقد فاسد ، فله أجر مثله بالغاً ما بلغ .

وقال أبو يوسف : له أجر مثله على ألا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته أي (نصف الشيء الذي أعانه فيه أو قيمته) ؛ لأنه رضي بنصف مجموع ما سيأخذانه . وقاس حكمه على سائر الإجارات الفاسدة ؛ لأنه لا يزاد على المسمى هناك ، كذا الأمر هنا ، والجامع بينهما : أنه رضي بأن لا يكون له زيادة على المسمى ، فلا يستحق الزيادة ، وصار حكمه كمن قال لرجل : « بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه فباعه » كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن[1] .

ويرى الجمهورُ في الأظهر عند الشافعية صحة الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء وما يؤخذ من الجبال والمعادن وشبهه من المباحات ، لجواز التوكيل بها ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل به ؛ لأن تملك المباحات أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء ، كما يقول الشافعية[2] .

ثانياً ـ من أنواع شركات الأعمال الفاسدة أن يكون لأحد الشريكين بغل وللآخر حمار مثلاً ، فيشترك اثنان على أن يؤجر الدابتين ، فما رزق الله من شيء يكون بينهما ، فأجراهما جميعاً بأجر معلوم وحمل معلوم ، فهذه الشركة فاسدة ؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصح ؛ لأن كل واحد منهما

---

(١) تبيين الحقائق : ٣ / ٣٢٣ ، فتح القدير : ٥ / ٣١ وما بعدها ، البدائع : ٦ / ٦٣ وما بعدها ، المبسوط : ١١ / ٢١٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٣ / ٣٨٢ .

(٢) الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة : ص ٢٠٥ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٦ ، ٢٢١ ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩١ ، المغني : ٥ / ٨١ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٥٢ .

في المعنى موكل لصاحبه بأن يؤجر دابته ليكون نصف الأجر له، وهذا التوكيل باطل، كما إذا قال لرجل: (آجر بعيرك على أن أجره بيننا) فإن التوكيل فاسد، فكذا الشركة؛ لأن الوكالة والشركة يشتركان في معنى واحد: وهو أن التوكيل إنما يكون فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل، وللمالك أن يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل. فإذا لم يؤجرا دابتيهما، ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم، فحملا الحمولة عليهما، فالأجر على حسب الشرط؛ لأن الشركة حينئذ صحيحة، إذ أن الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة أي عمل يتقبلانه.

غير أنه إذا فسدت الشركة فالإجارة صحيحة، لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم، فيقسمان ما أخذا من الأجر على قدر مثل أجر البغل وأجر الحمار[1].

وهناك مثال آخر: وهو أن يكون لاثنين سيارتان، فلا يصح لصاحبي هاتين السيارتين الاشتراك من أجل قسمة الربح الناتج من الحمولة من طريق إجارة السيارتين للناس؛ لأن كل واحد يختص بثمرة ما يملكه.

ولم يجز الشافعية[2] أيضاً هذه الشركة؛ لأنها تقوم على منافع أشياء متميزة، وعلى كل شريك لصاحبه أجرة مثل ماله.

ثالثاً ـ من أنواع الشركة الفاسدة أن يدفع شخص إلى رجل دابة ليؤجرها على أن الأجر بينهما، فتكون الشركة فاسدة، والأجر كله أي (الربح) لصاحب الدابة؛ لأن المدفوع إليه هو وكيله في إجارتها، وإجارة الوكيل كإجارة الموكل. ومثله إيجار السفينة أو الدار.

وسبب الفساد: هو أن العقد ورد على ملك الغير بإذنه، وإذا فسد العقد وجب

(١) انظر تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى: ٣ / ١٩ وما بعدها، المبسوط: ١١ / ١٧٠، ٢١٨ وما بعدها، رد المحتار: ٣ / ٣٨٣ ـ ٣٨٥.

(٢) مغني المحتاج: ٢ / ٢١٦.

للذي أجرها أي (العامل) أجر المثل ؛ لأنه ابتغى عن منافع الـدابـة عوضـاً ، ولم ينل العوض لفساد العقد ، فكان له أجر مثله .

رابعاً ـ من أنواع الشركة الفاسدة أيضاً أن يشتري رجل شيئاً ، فيقول لـه آخر : « أشركني فيه » فهذا بمنزلة البيع والشراء بمثل ما اشترى في النصف ، فـإن تم ذلـك قبل أن يقبض المشتري الأول المبيـع لم يجـز الإشراك ، لأن الإشراك والتـوليـة كما عرفنـا في عقود البيع لا يجوزان قبل القبض ، ويكون العقد فاسـداً ؛ لأنـه بيع لمبيع منقول قبل القبض ، وهو لا يجوز كما عرفنا سابقاً .

وإن كان ذلك بعد القبض جاز ، ويُلزِمُ المشتري الشريك نصف الثمن ، فإن كان الشريك لا يعلم بمقدار الثمن فهو بالخيار إذا علم : إن شـاء أخـذ حصتـه من المبيع وإن شاء ترك .

ولو اشترى رجلان فرسـاً فـأشركا فيهـا رجـلاً بعـد القبض فمقتضى القيـاس : أن يكون للشريك النصف ؛ لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه على الانفراد استحق نصفه ، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً .

ومقتضى الاستحسـان ، أن يكـون للشريـك الثلث ؛ لأن الشركـة تقتضي المساواة ، فإذا قالا للرجل : « أشركناك في الفرس » فكأنهما قالا : « شاركناك » .

فإن أشركه أحـدهمـا في نصيبـه ونصيب صـاحبـه ، فـأجـاز شريكـه قولـه كان للشريك الجديد النصف ، وللأولين النصف ، لأنه لمـا أجـاز شريكـه في نصيبـه صـار نصف نصيبه له ، وقد أشركه في نصيب نفسه هذا ، فيكون مجموع ما استحقه الشريـك الجديد هو النصف ، وبقي لكل واحد منهما الربع .

وكل شركـة فـاسـدة يقسم الربـح فيهـا على قـدر رأس المـال ، ويبطـل شرط التفاضل[1] كما عرفنا في حكم الشركة .

---

(١) فتح القدير : ٥ / ٣٣ ، رد المحتار : ٣ / ٣٨٣ .

المبحث الثاني ـ شركة المضاربة :

المضاربة أو القراض أو المعاملة من أنواع الشركات . وهي في لغة أهل العراق تسمى مضاربة وفي لغة أهل الحجاز تسمى قراضاً ، وهو مشتق من القرض وهو القطع ؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ويعطيه قطعة من الربح ، أو مشتق من المقارضة : وهي المساواة لتساويهما في استحقاق الربح ، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل ، وهي لهذا تشبه الإجارة ؛ لأن العامل فيها يستحق حصته من الربح جزاء عمله في المال .

وأهل العراق يسمون القراض مضاربة ؛ لأن كلاً من العاقدين يضرب بسهم في الربح ، ولأن العامل يحتاج إلى السفر ، والسفر يسمى ضرباً في الأرض[1] .

والكلام عن هذا العقد في المطالب الخمسة الآتية :

المطلب الأول ـ تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها .
المطلب الثاني ـ شرائط المضاربة .
المطلب الثالث ـ أحكام المضاربة .
المطلب الرابع ـ حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب .
المطلب الخامس ـ مبطلات المضاربة . . .

المطلب الأول ـ تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها :

تعريف المضاربة : المضاربة : هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه ، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا[2] . وأما الخسارة فهي على رب المال وحده ،

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٥٧ وما بعدها ، المبسوط : ٢٢ / ١٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ / ٥٢ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ / ٥٠٤ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٣ .

(٢) المراجع السابقة .

ولا يتحمل العامل المضارب من الخسران شيئاً وإنما هو يخسر عمله وجهده . وعرفها صاحب الكنز بقوله : هي شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب .

ومحترزات التعريف الأول : هي أنه بكلمة « يدفع » : تبين أن المضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار ، وأنها لا تصح على دين ، سواء أكان على العامل أم على غيره . وبكلمة « الربح مشتركاً » تبين أن الوكيل ليس مضارباً . والسبب في اشتراك العاقدين في الربح : هو أن رب المال يستحق الربح بسبب ماله ؛ لأنه نماء ماله ، والمضارب يستحقه باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح .

وعليه إذا شرط جميع الربح لرب المال كان العقد مباضعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً .

مشروعية المضاربة : اتفق أئمة المذاهب على جواز المضاربة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والقياس ، إلا أنها مستثناة من الغرر والإجارة المجهولة .

أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ﴾ والمضارب : يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل ، وقوله سبحانه : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾ وقوله تعالى : ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ . فهذه الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل في المال بالمضاربة .

وأما السنة : فما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ ، فأجازه »[1] ، وروى ابن ماجه عن صهيب رضي الله عنه أن النبي

(١) رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس . قال الهيثمي : وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب (راجع مجمع الزوائد : ٤ / ١٦١) .

ﷺ قال : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع »[(١)] .

وأما الإجماع : فما روي عن جماعة من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة[(٢)] ولم ينكر عليهم أحد ، فكان إجماعاً ، وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش العراق ، فلما قفلا مرا على عامل لعمر : وهو أبو موسى الأشعري ، فرحب بهما وسهل ، وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله ، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه في المدينة ، وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه . فقالا : وددنا ، ففعل ، فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا ، فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا : لا . فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما ! أدّيا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين ، لو هلك المال ضمناه . فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً (أي لو عملت بحكم المضاربة : وهو أن يجعل لهما النصف ، ولبيت المال النصف) فرضي عمر ، وأخذ رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال[(٣)] .

---

(١) إسناده ضعيف (راجع سبل السلام : ٣ / ٧٦) والحق ماقال ابن حزم في مراتب الإجماع : « كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً فيها البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي نقطع به أنه كان في عصره ﷺ ، فعلم به وأقره ، ولولا ذلك لما جاز » (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٥) .

(٢) انظر نصب الراية : ٤ / ١١٣ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في « المعرفة » وأخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك : ٢ / ١٧٣ ، نصب الراية : ٤ / ١١٣ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٤) .

وأما القياس : فالمضاربة قيست على المساقاة لحاجة الناس إليها ، لأن الناس بين غني وفقير ، والإنسان قد يكون له مال ، لكنه لا يهتدي إلى أوجه التصرف والتجارة به ، وهناك من لا مال له ، لكنه مهتد في التصرفات ، فكان في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجتين ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم[1] .

ركن المضاربة وألفاظها ونوعاها : ركن عقد المضاربة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، بألفاظ تدل عليهما .

فألفاظ الإيجاب : هي لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة ، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول رب المال : « خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة » .

وكذا إذا قال : مقارضة أو معاملة ، أو قال « خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا على كذا » ولم يزد على هذا فهو جائز ، لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ .

وألفاظ القبول : هي أن يقول العامل المضارب : أخذت ، أو رضيت أو قبلت ، ونحوها . وإذا توافر الإيجاب والقبول انعقد العقد[2] .

وأركان المضاربة عند الجمهور ثلاثة : عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال ، والعمل والربح) ، وصيغة (إيجاب وقبول) وعدها الشافعية خمسة : مال وعمل وربح[3] وصيغة وعاقدان .

---

(١) البدائع : ٦ / ٧٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٥٨ ، المبسوط : ٢٢ / ١٨ ، المهذب : ١ / ٣٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٩ .

(٢) البدائع : ٦ / ٧٩ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٦ / ٨٧ .

نوعاها : المضاربة نوعان : مطلقة ومقيدة[1] :

فالمطلقة : هي أن يدفع رجل المال إلى آخر بدون قيد ، ويقول : « دفعت هذا المال إليك مضاربة على أن الربح بيننا كذا مناصفة أو أثلاثاً ، ونحو ذلك » .

والمقيدة : هي أن يدفع شخص إلى آخر ألف دينار مثلاً مضاربة على أن يعمل بها في بلدة معينة ، أو في بضاعة معينة ، أو في وقت معين ، أو لا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين . وهذان النوعان الأخيران « **حالة التأقيت وتخصيص شخص** » جائزان عند أبي حنيفة وأحمد ، وغير جائزين عند مالك والشافعي . كذلك يجوز **إضافتها إلى المستقبل** عند الأولين ولا يجوز عند الآخرين كأن يقول رب المال : ضارب بهذا المال ابتداء من الشهر الآتي . وأما **تعليق المضاربة على شرط** كما إذا قال صاحب المال : إذا جاءك فلان بالدين **الذي لي في** ذمته (ومقداره ألف دينار) وسلمك إياه فضارب به ، فقد أجازه الحنابلة والزيدية ولم يجزه الحنفية والمالكية والشافعية ؛ لأن المضاربة تفيد تمليك جزء من الربح ، والتمليك لا يقبل التعليق[2] .

صفة عقد المضاربة :

اتفق العلماء على أن عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل غير لازم ، وأنه لكل من المتعاقدين فسخه . واختلفوا فيما إذا شرع العامل في المضاربة ، فقال الإمام مالك : هو عقد لازم بالشروع ، وهو عقد يورث ، فإن المضارب إذا كان له بنون أمناء كانوا في المضاربة أو القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين . وإن شرع العامل لا يفسخ العقد حتى ينض المال أي يتحول نقوداً لا عروضاً .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٣١٠ .

(٢) الميزان للشعراني : ٢ / ٩٢ ، المغني : ٥ / ٦٢ ـ ٦٣ . المنتزع المختار للزيدية : ٣ / ٣٢٠ ، المهذب ١ / ٣٨٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ / ٥٢١ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٧٣ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٩٧ .

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : العقد غير لازم ، ولكل من العاقدين الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقداً يورث .

ومرجع الخلاف بين الفريقين : أن الإمام مالك جعل العقد لازماً بعد الشروع في العمل لما يترتب على الفسخ من ضرر، فكان من العقود الموروثة . وأما الفريق الثاني فقد شبهوا الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل ؛ لأن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه ، فيملك كل واحد من العاقدين فسخ العقد ، كما في الوديعة والوكالة[(١)] .

ولكن الحنفية ومن وافقهم اشترطوا لصحة الفسخ وانتهاء المضاربة علم المتعاقد الآخر بالفسخ ، كما في سائر أنواع الشركات ، وأن يكون عند الحنفية رأس المال ناضاً أي نقوداً[(٢)] وقت الفسخ ، فإن كان من العروض من عقار أو منقول ، لم يصح الفسخ عندهم .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا انفسخت المضاربة ورأس المال عروض ، فاتفق المتعاقدان على بيعه أو قسمته جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما . وإن طلب العامل البيع ، وأبى رب المال ، أجبر رب المال على البيع ؛ لأن حق العامل في الربح ، وهو لا يحصل إلا بالبيع[(٣)] .

تعدد المضارب : قال المالكية[(٤)] : إذا تعدد عامل القراض ، فإن الربح يوزع عليهم على قدر العمل كشركاء الأبدان ، أي فيأخذ كل منهما من الربح بقدر عمله ، فلا يجوز أن يتساويا في العمل ، ويختلفا في الربح ، أو بالعكس ، بل الربح على قدر العمل على المشهور.

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٧ ، الخرشي : ٦ / ٢٢٣ ، ط ثانية ، البدائع : ٦ / ١٠٩ ، المهذب : ١ / ٣٨٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣١٩ ، المغني : ٥ / ٥٨ .

(٢) نضّ المال : أي صار مثل حاله وقت العقد عليه دنانير أو دراهم .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الخرشي : ٦/ ٢١٧ .

حكم الشركات القانونية الحديثة : إن شركات الأشخاص التجارية في القانون الوضعي وهي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة تعتبر جميعها في الجملة من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف بعض الأحكام بين القانون والشريعة حسبما تقتضيه مصلحةالناس وطبيعة التطور . ففي شركة التضامن حيث يكون المال من جميع الشركاء ، والعمل من بعضهم ، يكون العامل مضارباً في مال غيره . وفي شركة التوصية البسيطة حيث تتكون الشركة من شركاء متضامنين مسؤولين عن التزامات الشركة ، وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل واحد فيما يقدمه من حصة في المال ، تكون الشركة مضاربة في مال الموصين . وفي شركة المحاصة إذا سلمت الحصص لأحد الشركاء لاستثمارها ، يكون هذا الشريك وكيلاً عنهم في استثمار هذا المال ، وعمله في مال غيره يكون قراضاً (مضاربة) .

وكذلك شركات الأموال أو شركات المساهمة حيث يكون العمل في مالها عادة لغير أرباب الأموال فيها ، تعد من قبيل القراض في هذه الحال . وكذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً ، يكون عمل المدير فيها قراضاً ، كما يرى أستاذنا الشيخ علي الخفيف[1] . والأدق أن يعتبر عمله من باب التوظف ، فهو يعمل بأجر بحكم التوظف لا بحكم المشاركة . ولا مانع شرعاً في شركة المساهمة وشركة التضامن من اعتبار مدير الشركة أجيراً موظفاً على العمل ، ولا مانع من وجود صفتي الشركة والإجارة في شيء واحد ؛ لأن المنع من وجود عقدين أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكمته وهو عدم إثارة النزاع والخلاف ، وعدم التنازع جرى عليه العرف والعادة ، فلم يعد شرطاً مفسداً . وسنوضح ذلك قريباً .

---

(١) راجع الشركات في الفقه الإسلامي لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص٩٢ـ ٩٧ .

المطلب الثاني ـ شرائط المضاربة :

يشترط لصحة المضاربة شروط في العاقدين وفي رأس المال وفي الربح .

أما ما يشترط **في العاقدين** وهما رب المال والمضارب : فهو أهلية التوكيل والوكالة ؛ لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل ، ولا يشترط كونهما مسلمين ، فتصح المضاربة بين المسلم والذمي والمستأمن في دار الإسلام ، والمذهب عند المالكية الكراهة بين مسلم وذمي إذا لم يعمل بمحرم كالربا .

وأما شروط رأس المال فهي :

أولاً ـ أن يكون رأس المال من النقود الرائجة أي الدراهم والدنانير ونحوها ، كما هو الشرط في شركة العنان . فلا تجوز المضاربة بالعروض من عقار أو منقول عند جمهور العلماء ، ولو كان المنقول مثلياً عند الحنفية والحنابلة ، وأجازها ابن أبي ليلى والأوزاعي ، وتنعقد حينئذ على قيمها عند انعقاد المضاربة . وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً ؛ لأن المضاربة تؤدي حينئذ إلى جهالة الربح وقت القسمة ، إذ أن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن ، وتختلف باختلاف المقومين ، والجهالة تفضي إلى المنازعة ، والمنازعة تفضي إلى الفساد[1] ، وللعامل حينئذ أجر مثله في ذمة رب المال .

وكون القراض لا يجوز بالعروض عند المالكية مع جواز ذلك في شركة العنان ، فلأن القراض رخصة يقتصر على ما ورد فيها .

أما إذا كان رأس المال ما به تباع العروض ، بأن دفع إنسان لآخر عروضاً ، وقال : بعها واعمل بثمنها مضاربة ، فباعها بنقود ، وتصرف فيها ، جاز العقد عند أبي

---

(١) المبسوط : ٢٢/ ٣٣ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٥٣ ، البدائع : ٦/ ٨٢ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٣٤ ، المهذب : ١/ ٣٨٥ ، مغني المحتاج : ٢/ ٣١٠ ، تكملة فتح القدير : ٧/ ٥٨ ، الخرشي : ٦/ ٢٠٣ ـ ٢٠٩ ، ط ثانية ، الدردير : ٣/ ٥١٨ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٨٢ .

حنيفة ومالك وأحمد، لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض، وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة.

ولم يجز العقد عند الشافعي، لأنه قارضه على ما تباع به السلعة، وذلك مجهول، فكأنه قارضه على رأس مال مجهول.

وكما أنه لا تصح المضاربة على العروض لا تصح أيضاً على تبر الذهب والفضة والنقرة (القطعة الخالصة من الذهب والفضة)، ولا على الفلوس عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك، لأنها لا تعتبر أثماناً مطلقة، وعند محمد: تجوز، لأنها أثمان للأشياء عنده، كما عرفنا في بحث شركات الأموال.

والخلاصة: أن كل ما يصلح رأس مال في الشركة، ويصح به عقد الشركة، تصح به المضاربة، وإلا فلا.

ثانياً - أن يكون رأس المال معلوم المقدار: فإن كان مجهولاً لا تصح المضاربة؛ لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط لصحة المضاربة.

ثالثاً - أن يكون رأس المال عيناً[1] حاضرة لا ديناً: فلا تصح المضاربة على دين ولا على مال غائب. وعليه لا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذي عليك. وهذا الشرط والذي قبله باتفاق العلماء. والمضاربة بالدين فاسدة؛ لأن المال الذي في يد من عليه دين له، وإنما يصير لدائنه «أو غريمه» بقبضه، ولم يوجد القبض ههنا[2].

---

(١) أي معيناً.

(٢) راجع البدائع: ٦/٨٣، فتح القدير: ٧/٥٩، رد المحتار على الدر المختار: ٤/٥٠٦، بداية المجتهد: ٢/٢٣٥، مغني المحتاج: ٢/٣١٠، المغني: ٥/٦٧، كشاف القناع: ٢/٢٦٣، القوانين الفقهية، المكان السابق، الخرشي: ٦/٢٠٢، ٢٠٤، ط ثانية.

والشرط أن يكون المال حاضراً عند التصرف ، فلا يشترط الحضور في مجلس العقد ، فلو وفي الدين ، وسلم إلى المضارب أو أحضر المال الغائب ، فسلم إليه ، صحت المضاربة .

وبناء عليه : إذا كان لرب المال دين على رجل ، فقال له : « اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف » فقال أبو حنيفة : إذا اشترى المدين بذلك وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه هو ، وله ربحه وعليه وضيعته « خسارته » والدين يظل قائماً في ذمته بحاله ، وهذا مبني على الأصل المقرر عنده فيمن وكل رجلاً ليشتري له بالدين الذي في ذمته : وهو أنه لا يجوز .

وهذا متفق مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً ، فلا تصح عندهم المضاربة بما في ذمة المضارب من دين لآخر ، وإنما لا بد من تسليمه إلى الدائن ، ثم يسلمه الدائن مرة أخرى للمضارب .

وقال الصاحبان : إن جميع ما اشترى وباع لرب المال ، له ربحه وعليه خسارته . وهذا مبني على الأصل المقرر عندهما في الوكالة السابقة : وهو أن هذا التوكيل جائز ، ويبرأ المدين من الدين ، ولكن المضاربة فاسدة ؛ لأن الشراء وقع للموكل ، فتصير المضاربة بعدئذ مضاربة بالعروض ، كأنه وكله بشراء العروض ، ثم دفعه إليه مضاربة ، والمضاربة بالعروض لا تصح .

قبض الدين : أما إذا قال إنسان لرجل : « اقبض ما لي على فلان من الدين واعمل به مضاربة » جاز باتفاق العلماء ؛ لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده ، فكان رأس المال عيناً لا ديناً ، أي أن المضارب يكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه ؛ لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبض المال من غلامي وضارب به .

الوديعة : وكذلك تجوز المضاربة عند الحنفية والشافعية والحنابلة إذا كان في

يد شخص وديعة ، فقال له المودع : ضارب بها ؛ لأن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرة ، فقال : « قارضتك على هذا الألف » وأشار إليه في زاوية البيت . والفرق بين هذه الحالة والدين : أن عين المال في حالة الدين لا يصير ملكاً للدائن إلا بقبضه .

وقال المالكية : المرهون أو الوديعة لا يجوز أن يكون أحدهما رأس مال القراض ؛ لأنه شبيه بالدين .

المغصوب : والمضاربة تجوز أيضاً فيما إذا كان المال مغصوباً ، فضارب به الغاصب ؛ لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه ، فأشبه الوديعة[1] .

رابعاً ـ أن يكون رأس المال مسلّماً إلى العامل : ليتمكن من العمل فيه ، ولأن رأس المال أمانة في يده ، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ، ولا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على المال ، لعدم تحقق التسليم مع بقاء يده . ويترتب عليه أنه لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الجمهور (أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي والأوزاعي وأبي ثور وابن المنذر) . وأما الحنابلة فقد أجازوا اشتراط بقاء يد المالك على المال .

وأجاز المالكية للعامل أن يشترط عمل رب المال مجاناً أي يعمل معه في مال القراض ، أو يشترط دابة رب المال حيث كان المال كثيراً . كما أجازوا أيضاً لمريد القراض أن يدفع مالين متعاقبين ، أي واحداً بعد واحد لعامل واحد ، إذا شرطا خلط

---

(١) انظر البدائع : ٨٣/٦ ، المغني : ٦٨/٥ وما بعدها ، المهذب : ٣٨٥/١ ، مغني المحتاج : ٣١٠/٢ .

المالين عند دفع الثاني ؛ لأنه يرجع حينئذ إلى أجر واحد معلوم .

وفي هذا الشرط تختلف المضاربة عن شركات الأموال ، فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله . والفرق هو أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين ، وعلى العمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج المال من يد صاحبه ليتمكن من التصرف فيه . أما الشركة فإنها انعقدت على العمل من الجانبين ، فإذا شرط زوال يد رب المال عن العمل ، فيكون هذا الشرط مناقضاً لمقتضى العقد ، كما لو شرط في المضاربة عمل رب المال ، فإن المضاربة تفسد ، سواء عمل رب المال مع المضارب ، أم لم يعمل ؛ لأن شرط عمله معه معناه اشتراط بقاء يده على المال ، وهذا شرط فاسد ، لأنه يمنع المضارب من التمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود من العقد[1] .

وهذا الشرط مطلوب ، سواء أكان المالك عاقداً أم غير عاقد ، فلا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة .

ويترتب عليه أن الأب أو الوصي إذا ضارب في مال الصغير ، وشرط عمل الصغير ، لم تصح المضاربة ؛ لأن يد الصغير ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب[2] . وكذلك أحد شريكي المضاربة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب ، فالمضاربة فاسدة لقيام الملك لشريكه ، وإن لم يكن عاقداً ، فيمنع تحقق التسليم[3] .

---

(١) يلاحظ أن الخلاف في هذا الشرط إذا كان عمل رب المال مشترطاً في العقد . أما إذا عمل متبرعاً من غير شرط ، كأن استعان به المضارب فلا يؤثر ذلك في صحة المضاربة اتفاقاً (الشركات للأستاذ الخفيف : ص ٧٠) .

(٢) أما إذا اشترط على المضارب أن يعمل معه نفس الأب أو الوصي فذلك جائز اتفاقاً (المرجع السابق) .

(٣) انظر المبسوط : ٨٣/٢٢ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٥٦/٥ ، البدائع : ٨٤/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٦٣/٧ ، الدر المختار : ٥٠٦/٤ ، مغني المحتاج : ٣١٠/٢ ، كشاف القناع : ٢٦٢/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٢٠/٣ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ١٦٣/٤ ، الخرشي : ٢١٠/٦ ، ٢١٢ ، ط ثانية .

ويترتب على هذا الشرط أن المضارب لو دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة، والمضاربة الأولى على حالها جائزة.

وأما شروط الربح فهي ما يأتي:

أولاً - أن يكون الربح معلوم القدر: لأن المعقود عليه أو المقصود من العقد هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[1]. وإذا دفع شخص لآخر ألف درهم على أن يشتركا في الربح، ولم يبين مقدار الربح، جاز العقد، ويكون الربح بينهما نصفين؛ لأن الشركة تقتضي المساواة كما في قوله تعالى: ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثلث ﴾.

حالة فساد المضاربة وحالة فساد الشرط فقط عند الحنفية:

إن كان هناك شرط يؤدي إلى جهالة الربح فسدت المضاربة، لاختلال المقصود من العقد: وهو الربح.

وإن كان الشرط لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد. مثل أن يشترط المالك أن تكون الخسارة على المضارب أو عليهما، فالشرط يبطل، ويبقى العقد صحيحاً، والخسارة تكون على المالك في مال المضاربة. والسبب في أن شرط الخسارة عليهما شرط فاسد: هو أن الخسارة تعتبر جزءاً هالكاً من المال، فلا يكون إلا على رب المال، لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح، فيؤثر في العقد فيجعله فاسداً.

ومثله أيضاً: أن يدفع شخص لآخر ألف دينار مضاربة على أن الربح بينهما نصفان، وعلى أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو داراً ليسكنها سنة فالشرط باطل، والمضاربة جائزة، لأنه - أي رب المال - ألحق بها شرطاً فاسداً

(١) المبسوط: ٢٢/٢٧، البدائع: ٦/٨٥، تبيين الحقائق: ٥/٥٥ وما بعدها، الدر المختار: ٤/٥٠٥، بداية المجتهد: ٢/٢٣٤، مغني المحتاج: ٢/٣١٣، المهذب: ١/٣٨٥، المغني: ٥/٣٠، نهاية المحتاج: ٤/١٦٢، الخرشي: ٦/٢٠٩، ط ثانية.

لا يقتضيه العقد. أما لو كان المضارب هو المشروط عليه بأن شُرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة، فإن المضاربة تفسد، لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجرة الدار أو الأرض، فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد، فلم يصح العقد[1].

وخلاصة ضابط الفساد عند الحنفية باقتران شرط في المضاربة: هو أنه إذا كان الشرط مؤدياً إلى عدم توافر شرط من شروط صحة المضاربة، فإنه يفسدها، كجهالة الربح أو عدم كمال تسليم المال إلى المضارب. أما إذا كان الشرط لا يمس شروط صحة المضاربة، فإن اشتراط شرط فاسد في المضاربة، لا يفسدها، وإنما يفسد الشرط ويلغو، وتصح المضاربة، كاشتراط الوضيعة (الخسارة) على المضارب، يبطل الشرط، وتصح المضاربة.

ولو جعل الربح كله لرب المال وقبل المضارب أن يعمل فيه بالمجان لم يكن العقد مضاربة، ولكن صار إبضاعاً أو مباضعة، والعامل فيه مستبضعاً.

ولو شرط في المضاربة كون جميع الربح للمضارب، فالعقد قرض عند الحنفية والحنابلة، وهو مضاربة فاسدة عند الشافعية، وحينئذ يكون للعامل أجرة مثل عمله؛ لأن مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح، فإذا شرط استئثار العامل بالربح، كان الشرط فاسداً.

ويجوز عند الحنفية أن يشترط لأحد العاقدين دراهم معدودة معلومة إن زاد الربح على مقدار كذا من الدراهم، فذلك شرط صحيح لا يؤثر في صحة المضاربة؛ لأنه لا يؤدي إلى جهالة الربح[2].

---

(١) البدائع: ٨٦/٦، تكلة فتح القدير: ٦٢/٧.

(٢) الشركات للأستاذ الخفيف: ص ٧١.

وقال المالكية: يجوز أن يشترط العامل الربح كله له[1]، وعبارتهم: يجوز اشتراط الربح كله في القراض لرب المال أو للعامل أو لغيرهما؛ لأنه من باب التبرع، وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز، وليس هو بقراض حقيقة، أي أن العامل يضمن المال إذا أخذه على أن الربح كله له، لأنه حينئذ يشبه السلف.

ووجه قول الحنفية والحنابلة: أنه إذا لم يمكن تصحيح العقد مضاربة يجعل قرضاً؛ لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها[2]. ويترتب على هذا أنه إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو مباضعة عندهم، لوجود معنى الإبضاع[3] كما بينا.

ثانياً ـ أن يكون الربح جزءاً مشاعاً: أي نسبة عشرية أو سهماً من الربح، كأن يتفقا على ثلث أو ربع أو نصف، وهذا مستثنى من حكم الإجارة المجهولة؛ لأن جواز عقد المضاربة كان للرفق بالناس، فإذا عين المتعاقدان مقداراً مقطوعاً محدداً، بأن شرطا مثلاً أن يكون لأحدهما مئة دينار أو أقل أو أكثر، والباقي للآخر، فلا يصح هذا الشرط، والمضاربة فاسدة؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح، وهذا الشرط يمنع الاشتراك في الربح، لاحتمال ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون الربح لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، وبالتالي لا يكون التصرف مضاربة.

ولا تجوز المضاربة إذا جعل للعامل جزء من ربح غير المال المتجر فيه، وصرح المالكية أنه يجوز أن يتراضى العاقدان بعد العمل على جزء قليل أو كثير.

وكذلك تفسد المضاربة إذا شرط زيادة ربح كعشرة مثلاً لأحد الشريكين، لاحتمال ألا يربح العامل إلا هذا القدر، فلا تتحقق الشركة في الربح. وحينئذ يلزم

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٣٥، الخرشي: ٦/٢٠٣، ٢٠٩، ط ثانية، بولاق.

(٢) البدائع: المصدر السابق، مغني المحتاج: ٢/٣١٢، المهذب: ١/٣٨٥، المغني: ٥/٣٠.

(٣) الإبضاع هنا: أي التوكيل بلا جعل أو أجر. وبعبارة أخرى: هو استعمال شخص في المال بغير عوض (البدائع: ٦/٨٧).

للعامل أجر المثل كما في سائر أنواع المضاربة الفاسدة[1] .

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة .

وبناء عليه : لا تصح المضاربة بربح محدد كالفائدة التي تقدمها المصارف على الودائع ؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح بدون تحديد نسبة مقطوعة كسبعة في المائة مثلاً .

المطلب الثالث ـ أحكام المضاربة :

المضاربة إما صحيحة أو فاسدة ، ولكل واحد منهما أحكام ، وسنبدأ في أحكام المضاربة الفاسدة التي اختل فيها شرط من شروط صحتها ، لأن الكلام فيها يسير .

حكم المضاربة الفاسدة : إذا كانت المضاربة فاسدة كأن يقول شخص لآخر: صد بشبكتي والصيد بيننا ، فليس للمضارب عند الحنفية والشافعية والحنابلة[2] أن يعمل شيئاً مما تقتضيه المضاربة الصحيحة ، ولا يثبت بها شيء من أحكام المضاربة الصحيحة التي سنعرفها ، ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى ، وإنما له أجر مثل عمله ، سواء أكان في المضاربة ربح أم لم يكن ؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة ، والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة ، وإنما يستحق أجر المثل . وعلى هذا إذا لم يربح المضارب ، فله أجر مثل عمله ؛ لأن رب المال استعمله مدة في عمله ، فكان عليه أجر العمل .

وأما الربح الحاصل حينئذ أو الصيد في مثالنا ، فيكون كله لرب المال ؛ لأن

---

(١) انظر المبسوط: ٢٢/ ٢٧، تبيين الحقائق: ٥/ ٥٤، البدائع: ٦/ ٨٥ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٦٠، مجمع الضمانات: ص٣٠٣، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٥١٧، مغني المحتاج: ٢/ ٣١٣، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٤، المغني: ٥/ ٣٤، نهاية المحتاج: ٤/ ١٦٥.

(٢) البدائع : ١٠٨/٦ ، تكملة فتح القدير : ٥٨/٧ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٤ ، المبسوط : ٢٢/٢٢ ، مجمع الضمانات : ص ٣١١ ، غاية المنتهى : ١٧٩/٢ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٦٥ .

الربح نماء ملكه ، ولم يستحق المضارب منه شيئاً نظراً لفساد العقد . وكذلك الخسران يكون على رب المال .

والقول قول المضارب مع يمينه إذا فسد العقد ، وذلك في دعوى الهلاك والضياع ، والمال في يده أمانة ، كما في المضاربة الصحيحة .

ومذهب الشافعية والحنابلة في المضاربة الفاسدة كالحنفية إلا أنهم قالوا :

إذا تصرف المضارب نفذ تصرفه ، لأنه أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف كما في الوكالة الفاسدة ، وهذا بخلاف البيع ، فإنه لو فسد لا ينفذ تصرف المشتري ، مع أن البائع قد أذن له في التصرف ، والفرق هو أن المشتري إنما يتصرف بالملك لا بالإذن ، ولا ملك في البيع الفاسد .

والربح جميعه في هذين المذهبين حين الفساد لرب المال ؛ لأنه نماء ملكه ، وعليه الخسران أيضاً . ويكون للمضارب أجرة مثل عمله ، وإن لم يكن ربح ، لأنه عمل طامعاً في المسمى ، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه ، وهو متعذر ، فتجب قيمته وهي أجرة مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وتلف أحد العوضين في يد القابض له ، وجب رد قيمته[1] .

وقال المالكية : يرد العامل في جميع أحكام المضاربة الفاسدة إلى قراض مثله في الربح والخسارة وغيرهما في أحوال معدودة ، وله أجر مثل عمله في غيرها من الحالات . وعليه إذا حدث ربح في الحالات الأولى ، فيثبت حق المضارب في الربح نفسه ، لا في ذمة رب المال ، حتى إذا هلك المال لم يكن للمضارب شيء ، وإذا لم يكن ربح فلا شيء له[2] .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣١٥ ، المهذب : ١/٣٨٨ ، المغني : ٥/٦٥ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣/٥١٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٢٤٠ ، القوانين الفقهية : ص٢٨٢ ، الخرشي : ٦/٢٠٥ـ ٢٠٨ ، ط ثانية ببولاق ١٣١٧ هـ .

وأهم حالات رد المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل : حالة القراض بالعروض ، وحالة جهالة الربح وليس هناك عادة يحتكم إليها ، وحالة توقيت القراض كسنة مثل : اعمل به سنة ، أو إضافة القراض للمستقبل مثل : إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به ، وحالة الاشتراط على العامل ضمان رأس المال إن تلف بلا تفريط ، أو قال له : اشتر بدين مؤجل فاشترى نقداً ، فالربح له والخسارة عليه ؛ لأن الثمن صار قرضاً في ذمته ، أو شرط عليه ما يقل وجوده ، بأن يوجد تارة ويعدم أخرى ، أو اختلف العاقدان بعد العمل في جزء الربح ، وادعى كل من رب المال والعامل مالاً يشبه أن يكون له ، كأن يقول العامل : الثلثين ، ورب المال : الثلث .

وأهم حالات وجوب أجرة المثل في الذمة (أي ذمة رب المال) سواء حصل ربح أم لا في المضاربة الفاسدة ما يأتي :

اشتراط يدرب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء . أو اشتراط مشاورته عند البيع والشراء بحيث لا يعمل عملاً فيه إلا بإذنه . أو اشترط أميناً على العامل يراقبه . أو اشترط على العامل أن يخيط ثياب التجارة ، أو يخرز الجلود المشتراة لها . أو يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض ، أو يخلط المال بماله أو بمال قراض عنده ، أو أن يبضع بمال القراض (أي يرسله أو بعضه مع غيره ليشتري به ما يتجر العامل به) ففي كل هذه الحالات يجب للعامل أجرة مثله .

وأما أحكام المضاربة الصحيحة : فكثيرة ، منها ما يرجع إلى حال يد المضارب ، وبعضها يرجع إلى عمل المضارب ، وبعضها يرجع إلى ما يستحقه المضارب بالعمل ، وما يستحقه رب المال بالمال .

١ً ـ أما حال يد المضارب : فقد اتفق أئمة المذاهب[1] على أن العامل المضارب

---

(١) مختصر الطحاوي : ص١٢٤ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٥٨/٧ ، البدائع : ٨٧/٦ ، المبسوط : ١٩/٢٢ ، مجمع الضمانات : ص٣٠٣ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٥٣٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٣٤/٢ ، الخرشي : ٢١٣/٦ ، ٢٢٣ ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ ، المهذب : ٣٨٨/١ ، المغني : ٦٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٥٣/٥ ، القوانين الفقهية : ص٢٨٣ ، غاية المنتهى : ١٧١/٢ ، ١٧٨ .

أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه بإذن مالكه ، لا على وجه البدل (أي المبادلة) كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن .

وإذا اشترى المضارب شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه وهو معنى الوكيل ، فتطبق عليه أحكام الوكالة المعروفة بالنسبة للشراء : وهو أن يكون الشيء بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء . وأما بالنسبة للبيع فيعتبر كالوكيل بالبيع المطلق ، كما سنعرف .

فإذا ربح المضارب صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح ؛ لأنه ملك جزءاً من المال بعمله ، والباقي لرب المال ، لأنه نماء ماله ، فهو له .

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب صارت إجارة ، والمضارب بمنزلة الأجير لرب المال ، ويستحق حينئذ أجر المثل .

وإذا خالف المضارب شرط رب المال ، كأن فعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً منع من شرائه ، صار بمنزلة الغاصب ، ويصير المال مضموناً عليه ؛ لأنه تعدى في ملك غيره .

وإذا تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن ؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف ، فلم يضمن من غير تفريط ، كالوديع .

وإذا ظهرت خسارة كانت على رب المال وحده ، واحتسبت أولاً من الربح إن كان في المال ربح .

وإن **شرط على العامل ضمان رأس المال إن تلف** ، بطل الشرط والعقد صحيح عند الحنفية والحنابلة . وبناء عليه : يكون تشغيل المال على حساب الربح مع ضمان رأس المال صحيحاً والشرط باطل .

وقال المالكية والشافعية : تفسد المضاربة حينئذ ، لأنه شرط فيه زيادة غرر

يتنافى مع طبيعة العقد[1] .

٢ - وأما تصرفات المضارب : فيختلف حكمها بحسبما إذا كانت المضاربة مطلقة أو مقيدة .

والمطلقة كما عرفنا : أن يدفع المالك المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله . والمقيدة : أن يعين المالك شيئاً من ذلك .

فإذا كانت المضاربة مطلقة : فللمضارب أن يتصرف في مال المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات ، في سائر الأمكنة ، مع سائر الناس ، لإطلاق العقد ، فله أن يشتري به ويبيع ؛ لأن المقصود من المضاربة : هو تحصيل الربح ، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع ، إلا أنه في الشراء مقيد بالمعروف ، وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى ، أو بأقل منه مما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه وكيل ، وشراء الوكيل يقع على ما هو متعارف .

وأما بيعه فهو على الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في التوكيل بمطلق البيع .

فعند أبي حنيفة رضي الله عنه : يملك البيع نقداً ونسيئة وبغبن فاحش .

وعند الصاحبين : لا يملك البيع بالنسيئة ، ولا بما لا يتغابن الناس في مثله ، وإنما يتقيد بالمتعارف وهذا هو الرأي الأرجح . وهو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة ، إلا أن الحنابلة أجازوا للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة كما يقول أبو حنيفة .

وللمضارب أن يدفع المال بضاعة ؛ لأن الإبضاع من عادة التجار ، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح ، والإبضاع طريق إليه ، ولأنه يملك الاستئجار فالإبضاع أولى ؛ لأن الاستئجار استعمال شخص في المال بعوض ، والإبضاع استعماله فيه بغير عوض ، فكان أولى .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٣/٢٥ ، المغني : ٥/٢٥ ، بداية المجتهد : ٢/٢٣٦ .

ولا يجوز عند المالكية الإبضاع إلا بإذن رب المال، وإلا ضمن[1].

وللمضارب أن يودع، لأن الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة.

وله أن يستأجر أجيراً ليعمل في المال؛ لأن الاستئجار من عادة التجار وضرورات التجارة. كما له أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به. وله أيضاً أن يستأجر السفن والدواب للعمل؛ لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق لتحصيل الربح، ولا يمكنه النقل بنفسه.

وله أن يوكل بالشراء والبيع؛ لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى الربح. وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة، وأن يرتهن بدين له منها على رجل؛ لأن الرهن بالدين والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه، وهو يملكهما. ولكن ليس له أن يرهن بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد موته؛ لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت.

وللمضارب أن يسافر بالمال في الرواية المشهورة عند الحنفية، وكذلك عند المالكية وفي وجه عند الحنابلة[2]؛ لأن المقصود من المضاربة استنماء المال، ولأن العقد مطلق، كما أن اسم المضاربة دليل على جواز السفر؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير[3]. وقال الشافعي وفي وجه آخر عند الحنابلة: لا يسافر به إلا بإذن رب المال.

---

(١) الشرح الكبير: ٣/٥٢١.

(٢) قال القاضي أبو يعلى: قياس المذهب جوازه (أي سفر المضارب بالمال إذا لم يكن مخوفاً) بناء على السفر في الوديعة.

(٣) راجع هذه الأحكام في البدائع: ٨٧/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٦٣/٧، ٧٩، مختصر الطحاوي: ص١٢٥، المبسوط: ٣٨/٢٢ وما بعدها، ٦٨، تبيين الحقائق: ٥٧/٥، ٦٨، مجمع الضمانات: ص٣٠٥ وما بعدها، الدر المختار بهامش رد المحتار: ٥٠٦/٤، الشرح الكبير للدردير: ٥٢٤/٣، ٥٢٨، مغني المحتاج: ٣١٥/٢، ٣١٧، كشاف القناع: ٢٦٣/٢، المغني: ٣٥/٥ـ ٣٨، الخرشي: ٢١١/٦، ط ثانية.

ما لا يجوز للمضارب فعله : ليس للمضارب في المضاربة المطلقة أن يفعل بعض الأفعال إلا بالنص عليها صراحة[1] ، فليس له أن يستدين على مال المضاربة إلا بإذن صريح ، ولو استدان لم يجز على رب المال ، ويكون ديناً على المضارب في ماله ؛ لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال ، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه ؛ لأن ثمن المشترى مضمون على رب المال ، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به ، وهذا لا يجوز.

وإذا كانت الاستدانة لا تجوز ، فلا يجوز الإقراض من رأس المال من باب أولى . وعدم جواز الاستدانة إلا بإذن صاحب المال هو مذهب الحنابلة والشافعية أيضاً .

وقال المالكية : لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعاً بالدين وإن أذن له رب المال بالشراء ، فإن فعل ضمن ما اشتراه ، وكان الربح له وحده ، ولا شيء منه لرّب المال ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن ، فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته ؟!

ولا يجوز للمضارب أيضاً أن يشتري سلعاً للقراض بأكثر من مال المضاربة نقداً أو إلى أجل ، للنهي عن ربح ما لم يضمن ، وذلك لأن العامل يضمن ما زاد في ذمته .

فإن فعل كان ما يشتريه شركة بينه وبين رب المال بنسبة ما زاد على مال القراض . وهذا إذا لم يرض رب المال ، فإذا رضي بالتصرف ، كان ذلك من جملة القراض . ولا يجوز للمضارب أن يهب شيئاً كثيراً من مال القراض بغير ثواب[2] .

وليس للمضارب أخذ المال على سبيل القرض ليسلمه إلى مدين في بلد آخر

---

(١) البدائع : ٦/ ٩٠ وما بعدها ، تكلمة فتح القدير : ٧/ ٨٠ ، المبسوط : ٢٢/ ١٧٨ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٦٩ ، الدر المختار : ٤/ ٥٠٧ .

(٢) كشاف القناع : ٤/ ٢٥٦ ، مغني المحتاج : ٢/ ٣١٦ ، الدردير : ٣/ ٥٢٨ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٣٩ ، القوانين الفقهية : ص٢٨٣ ، الخرشي : ٦/ ٢١١ ، ٢١٦ ، ٢٢٦ ، ط ثانية .

يريده المقرض ؛ لأنه يكون متحملاً تبعة مخاطر الطريق ، ولأن دافع المال (وهو المقرض) استفاد من هذه العملية ، وقد ثبت النهي عن قرض جر نفعاً . وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه بمسألة السفاتج[١] .

وكذلك ليس للمضارب أن يدفع المال إلى غيره مضاربة ، أو أن يشارك به ، أو أن يخلطه بمال نفسه أو بمال غيره ، إلا إذا قال له رب المال : اعمل برأيك ، أو أذن له بالتصرف . أما المضاربة فلا تجوز لأنها مثل المضاربة الأولى ، والشيء لا يستتبع مثله ، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ، كما لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد . وأما الشركة فهي أولى ألا يملكها بمطلق العقد ؛ لأنها أعم من المضاربة ، والشيء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى . وأما الخلط فلأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره ، فلا يجوز إلا بإذنه[٢] .

المضارب يضارب :

أولاً ـ مذهب الحنفية : لا يجوز للمضارب أن يضارب بالمال مع شخص آخر ، إلا إذا فوضه رب المال ، فإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن لهُ رب المال ، فإن المال لا يكون عند أبي حنيفة مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني ، ولا بتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح . فإذا ربح ضمن المضارب الأول لرب المال ، أما قبل الربح فلا يضمن . فلو هلك المال في يد الثاني قبل أن يربح ، هلك هلاك الأمانات .

وجه الحالة الأولى (أي قبل العمل) : أن مجرد الدفع من المضارب إيداع منه ،

---

(١) السفاتج : جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء ، فارسي معرب : وهي سلف الخائف من غرر الطريق يعطى بموضع ويؤخذ حيث يكون متاع الآخر ، فينتفع الدافع والقابض في ذلك (راجع القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٢٥١ ، غاية المنتهى : ٢/ ١٦٧) .

(٢) البدائع : ٩٥/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧/ ٦٤ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٥٨ ، الدر المختار بهامش رد المحتار : ٤/ ٥٠٧ .

وهو يملك إيداع مال المضاربة، فلا يضمن بالدفع.

ووجه الحالة الثانية (أي بعد العمل): أن الدفع من المضارب الأول إلى المضارب الثاني يعتبر إبضاعاً، وهو يملك الإبضاع.

فإذا ربح الثاني فقد أثبت للأول شركة في المال، فيضمن الأول لرب المال كما لو خلط المال بغيره.

هذا إذا كانت المضاربة صحيحة. فإن **كانت فاسدة** فلا يضمن المضارب الأول بعد الربح؛ لأن المضارب الثاني أجير في المال حينئذ، وله أجر مثله، فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان.

وقال زفر: يضمن المضارب الأول بمجرد الدفع، عمل الثاني أو لم يعمل؛ لأن المضارب يملك الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة، فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً، فصار ضامناً كالوديع إذا أودع الوديعة عند غيره.

وقال الصاحبان وهو ظاهر الرواية: إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال، ربح أو لم يربح؛ لأن المضارب الثاني لما عمل فقد تصرف الأول في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان سواء ربح أم لم يربح[1]. وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني يخير رب المال: إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني.

فالراجح عند الحنفية: أن المضارب الأول لا يضمن في المضاربة الصحيحة بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني، وإنما يضمن إذا عمل الثاني، ربح المال أو لم يربح.

وأما **الربح الناتج** من المضاربة فيوزع حسب الشرط، فيعطى لرب المال ربحه على حسب شرطه في عقد المضاربة الأولى؛ وما يبقى من الربح بعدئذ يكون

(١) البدائع: ٩٦/٦، تكملة فتح القدير: ٧٠/٧ وما بعدها، المبسوط: ٩٨/٢٢، تبيين الحقائق: ٦٣/٥، الدر المختار: ٥٠٩/٤.

بين المضارب الأول والثاني على حسب شرطيهما في عقد المضاربة الثاني .

هذا ما ذهب إليه الحنفية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة[١] .

وقال ابن قدامة : ليس هذا موافقاً لأصول المذهب ، ولا لنص أحمد ، فإن أحمد قال : لا يطيب الربح للمضارب[٢] .

ثانياً ـ مذهب غير الحنفية : قال المالكية : يضمن العامل إذا قارض في مال القراض بغير إذن رب المال ، أي دفعه لعامل غيره يعمل فيه ، لتعديه ، والربح حينئذ للعامل الثاني ولرب المال ، ولا ربح للعامل الأول ؛ لأن ربح القراض جُعْل لا يستحق إلا بتمام العمل ، والعامل الأول لم يعمل ، فلا ربح له ، ويغرم العامل الأول للثاني ما شرطه له من زيادة في الربح المستحق له من رب المال .

وقال الشافعية في الأصح : لا يجوز للعامل أن يقارض آخر ليشاركه في العمل والربح ، ولو كان ذلك بإذن رب المال .

وحينئذ يظل القراض مع العامل الأول صحيحاً ، ويستحق العامل الثاني من الأول أجر المثل إذا عمل[٣] ؛ لأن القراض على خلاف القياس ، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكاً لا عمل له ، والآخر عاملاً ولو متعدداً ، فلا يعدل عما ذكر إلى أن يعقده عاملان مع نفسيهما ، فيصير القراض بين عاملين فلا يصح .

والخلاصة : أن المذاهب الأربعة متفقة على أن الضمان بمضاربة العامل غيره يستقر على الأول .

وأما خلاصة أحكام تصرفات المضارب في المضاربة المطلقة عند الحنفية فهي ثلاثة أنواع :

---

(١) المراجع السابقة ، الشركات للأستاذ الخفيف : ص٨١ ، المغني : ٥/ ٤٤ .

(٢) المغني ، المكان السابق .

(٣) مغني المحتاج : ٢/ ٣١٤ ، المغني : ٥/ ٤٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٨٣ ، الخرشي : ٦/ ٢١٤ .

١ ـ نوع يملكه المضارب عرفاً : وهو جميع ماتتناوله أعمال التجارة عادة ، كالبيع والشراء ، والتوكيل فيهما ، وإن لم يؤذن له بذلك صراحة ، ويكون شراؤه على المعروف ، فلا يتجاوز ما يتغابن فيه الناس عادة ، لأنه وكيل ، وشراء الوكيل يقع بحسب المعتاد ، أما البيع ففيه خلاف بين الحنفية ، والراجح أنه يتقيد أيضاً بالمعتاد .

٢ ـ ونوع لا يملكه إلا إذا فوض إليه العمل في المضاربة برأيه ، فقال له : اعمل فيها برأيك ، أو كما ترى : وهو ما يحتمل أن يلحق بأعمال التجارة ، كإعطاء المال مضاربة لشخص آخر يضارب فيه ، أو جعله رأس مال لشركة عنان ، فإذا فوض له ذلك صح .

٣ ـ ونوع لا يملكه المضارب إلا بالنص عليه صراحة ، كالتبرعات ، من هبة أو محاباة بالبيع والشراء ، والإقراض ، والشراء لأجل عند الشافعية والمالكية والحنابلة ، والشراء بأكثر من رأس المال والربح عند أكثر الفقهاء .

وأما **المضاربة المقيدة :** فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع الأحكام التي ذكرناها ، وإنما تفارقها في قدر القيد الذي قيدت به ، فإن خصص رب المال تصرف المضارب في بلد بعينه ، أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها ، لأنه توكيل ، وفي التخصيص بما ذكر فائدة ، فيتخصص به .

أ ـ تعيين المكان : وعلى هذا إذا كان القيد متعلقاً بالمكان ، كأن دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على أن يعمل به في بلدة معينة كدمشق مثلاً ، فليس له أن يعمل في غير دمشق ؛ لأن قوله « على أن » من ألفاظ الشرط ، وهو شرط مفيد ؛ لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء ، وفي السفر خطر .

وكذا لا يعطيها بضاعة[1] لمن يخرج بها من دمشق ، لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الإذن به أولى .

---

(١) أي أن يدفعها إلى شخص ليتجر في المال تبرعاً أي (بغير عوض) .

فإن أخرجها من دمشق : فإن اشترى بها وباع ضمن ؛ لأنـه تصرف لا على الوجـه المأذون فيه فصار مخالفاً فيضمن ، وكان ما اشتراه لنفسه له ربحه وعليه خسارتـه ، لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : يطيب .

وإن لم يشتر بمال المضاربة شيئاً حتى رده إلى البلـدة المعينـة المـذكورة برئ من الضمان ، ورجع المال مضاربة على حـالـه ، كالوديع إذا خـالف أمر المودع ثم عـدل عن المخالفة[1] .

ولو دفع المال إلى رجل ليعمل في سوق دمشق العـام ، فعمل في دمشق نفسهـا في غير سوقها ، فهو جائز على أساس المضـاربـة استحسـانـاً عنـد الحنفيـة . والقيـاس ألا يجوز . وجه القياس : أنـه شرط عليـه العمل في مكان معين ، فلا يجوز في غيره ، كما لو شرط العمل في بلد معين .

ووجه الاستحسان أن التقييد بسوق دمشق غير مفيد غالباً ؛ لأن البلـد الواحـد بمنزلة بقعة واحـدة ، فلا فـائـدة في هـذا الشرط ، فيلغو ، ومن المقرر أن الشرط معتبر إذا كان مفيداً .

ولو قـال لـه : « لا تعمل بـه إلا في سـوق دمشـق » فعمـل في غير السـوق ، فبـاع واشترى ، فهو ضامن ؛ لأن قوله السـابق حجر لـه ، فلا يجوز تصرفـه بعـد الحجر . وفي المثال الأول لم يحجر عليه ، وإنمـا شرط عليـه أن يكون عملـه في السوق ، والشرط غير مفيد ، فيلغو .

وكذلك إذا قال له : « خذ هذا المال تعمل به في دمشق أو فاعمل به في دمشق » لم يجز له العمل في غيرها ؛ لأن « في » كلمة ظرف ، فتصبح دمشق ظرفـاً للتصرف الـذي

---

(١) المبسوط : ٢٢ / ٤٢ ، ٤٦ ، تبيين الحقائق : ٥ / ٥٩ ، البدائع : ٦ / ٩٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٦٤ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ .

أذن له فيه ، فلو جاز في غير دمشق لم تكن دمشق ظرفاً لتصرفه . وأما قوله « فاعمل به .. » فالفاء للوصل والتعقيب ، والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له .

وكذا قوله : « خذه بالنصف بدمشق » لأن الباء تفيد الإلصاق ، فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف : يعني أنه يجب عليه العمل بالمال ملصقاً بدمشق ، وهو أن يكون العمل فيها .

أما لو قال : « خذ هذا المال واعمل به بدمشق » فله أن يعمل به فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف ، وهو مما يجوز الابتداء به ، فيجعل مشورة ، كأنه قال : « إن فعلت كذا كان أنفع » .

ب ـ تعيين الشخص : ولو قال : « على أن تشتري من فلان وتبيع منه » صح التقييد عند الحنفية والحنابلة لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة . وخالف في هذا المالكية والشافعية كما عرفنا ؛ لأن هذا التقييد يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب في الأسواق وطلب الربح .

جـ ـ توقيت المضاربة : ولو وقَّت المضاربة بوقت معين ، على أنه إذا مضى بطل العقد ، صح العقد عند الحنفية والحنابلة ؛ لأنه توكيل ، فيتأقت بما وقته ، والتوقيت مفيد ، وأنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع والمكان(١) .

ولم يصح العقد عند الشافعية والمالكية كما عرفنا لإخلال التأقيت بمقصود القراض ، إذ قد لا يربح في المدة ، وقد يكون الربح والحظ في إبقاء المتاع وبيعه بعد المدة المعينة(٢) .

والضابط في تقييد المضاربة عند الحنفية : هو أن المضاربة تقبل التقييد المفيد

---

(١) البدائع : ٦ / ٩٩ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٧ / ٦٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٣١٢ ، المغني : ٥ / ٦٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ / ٥٢١ .

ولو بعد العقد مالم يصر المال عرضاً ؛ لأنه إذا صار المال من العروض التجارية ، لا يملك رب المال عزل المضارب ، فلا يملك تخصيصه . أما التقييد بغير المفيد فلا يعتبر أصلاً كنهيه عن بيع المال حالاً[١] .

ويرى الشافعية والمالكية : أن وظيفة المضارب هو التجارة في المال للاسترباح والتنمية ، وهو بالبيع والشراء مما جرت العادة بأن يتولاه التجار . وعليه فكل شرط يحول دون عمله المعتاد المتعارف مفسد للقراض عندهم[٢] .

التقييد الطارئ على المضاربة المطلقة : قال الحنفية : إذا كانت المضاربة مطلقة فخصصها رب المال بعد العقد :

فإن كان رأس المال بحاله نقداً أو اشترى به المضارب متاعاً ثم باعه وقبض ثمنه من النقود : فإن تخصيصه جائز ، كما لو خصص المضاربة في الابتداء ؛ لأن رب المال يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة .

أما إذا كان مال المضاربة عروضاً فلا يصح تقييد رب المال للمضارب أو نهيه عن أمر حتى يصير رأس المال نقداً ، مثل أن يقول له : « لا تبع بالنسيئة » لأن المضاربة تمت بالشراء .

٣ ـ وأما حقوق المضارب : التي يستحقها بعمله في مال المضاربة فهي شيئان : النفقة ، والربح المسمى في العقد .

أولاً ـ أما النفقة من مال المضاربة : فاختلف الفقهاء في وجوبها للمضارب على أقوال ثلاث ، فقال الإمام الشافعي في الأظهر من قوليه : لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة لا حضراً ولا سفراً إلا أن يأذن له رب المال ؛ لأن للمضارب

---

(١) الدر المختار : ٤ / ٥٠٨ .

(٢) المراجع السابقة ، الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف : ص ٧٤ .

نصيباً من الربح ، فلا يستحق شيئاً آخر ، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة ، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح ، فيؤدي أخذه إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر ، فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهذا ينافي مقتضى العقد ، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد[١] .

وقال قوم منهم إبراهيم النخعي والحسن البصري : له نفقته حضراً وسفراً[٢] .

وقال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك والزيدية : للمضارب النفقة في السفر من مال المضاربة بما يحتاج إليه من طعام وكسوة[٣] ، إلا أن الإمام مالك قال : إذا كان المال يحمل ذلك .

وأما الحنابلة فأجازوا اشتراط المضارب نفقة نفسه في الحضر أو في السفر[٤] ، أي أنهم في هذا كالشافعية لا يوجبون النفقة للمضارب في السفر أو الحضر إلا بالشرط .

ودليل هؤلاء المجيزين : هو أنه لو لم تجعل نفقة المضارب من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها . والسبب في استحقاق المضارب النفقة في السفر دون الحضر : هو أنه حبس نفسه عن الكسب وسافر لأجل المضاربة ، فأشبه حبس الزوجة التي تستحق النفقة بالاحتباس بخلاف الحضر ، فلو أنفق المضارب في السفر من ماله الخاص تضرر بذلك .

والنفقة الواجبة للمضارب في مال المضاربة ، كما ذكر الحنفية : هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبة وهي الطعام والكسوة والإدام والشراب ، وأجر الأجير وأجرة الحمام ،

---

(١) المهذب : ١ / ٣٨٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣١٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٨ .

(٣) البداية ، المرجع السابق ، البدائع : ٦ / ١٠٥ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٨١ ، المبسوط : ٢٢ / ٦٣ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ ، الدردير : ٣ / ٥٣٠ ، المنتزع المختار : ٥ / ٣٣٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٣ ، الخرشي : ٦ / ٢١٧ وما بعدها ، ط ثانية .

(٤) المغني : ٥ / ٦٤ ، كشاف القناع : ٢ / ٢٦٥ .

ودهن السراج والحطب ، وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه ، وغسل ثيابه ونحوه مما لابد في السفر منه عادة . أما ثمن الدواء ففي مال المضارب خاصة في ظاهر الرواية ؛ لأن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع ، وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ، ودواؤها في مالها .

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أن الدواء يدخل في نفقة المضارب ؛ لأنه لإصلاح بدنه ، ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة[1] .

وأما قدر النفقة : فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف ، فإن جاوز المعروف ضمن الفضل ؛ لأن الإذن ثابت بالعادة ، فيعتبر القدر المعتاد .

ولو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد ، وعاد بالمال ، فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة ؛ لأن عمل التجارة على هذا ، وهو أن الشراء قد يحصل في وقت دون وقت ، ومكان دون مكان .

ويكون للمضارب النفقة ، سواء سافر بمال المضاربة وحده ، أو بماله ومال المضاربة ، أو بمال المضاربة لواحد أو لاثنين ، إلا أنه إذا سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين ، كانت النفقة من المالين بالحصص ؛ لأن السفر لأجل المالين ، فتكون النفقة فيهما[2] .

وأما ما تحتسب النفقة منه : فالنفقة تحتسب من الربح إن حدث ربح ، فإن لم يحدث فهي من رأس المال ؛ لأن النفقة جزء هالك من المال ، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح .

---

(١) البدائع : ٦ / ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٨١ ، تبيين الحقائق : ٥ / ٧٠ ، الدر المختار : ٤ / ٥١٢ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٨ .

(٢) البدائع : المصدر السابق .

ولو أقام المضارب في بلد من البلدان للبيع والشراء، ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً، فنفقته من مال المضاربة، مالم يتخذ من البلد داراً للتوطن. وقال المالكية: مالم يتزوج.

وإذا رجع المضارب إلى بلده: فما فضل عنده من الكسوة والنفقة رده إلى مال المضاربة؛ لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى مال المضاربة.

وإذا أنفق المضارب من ماله على نفسه فيما يحق له أن ينفقه من مال المضاربة، فما أنفقه فهو دين في مال المضاربة، كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه؛ لأن تدبير أمره مفوض إليه[1].

ثانياً- وأما الحق الثاني للمضارب فهو الربح المسمى: يستحق المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، فإن لم يكن ربح فلا شيء للمضارب، لأنه عامل لنفسه فلا يستحق الأجر.

وإنما يظهر الربح بالقسمة، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال، فلا تصح قسمة الربح قبل أخذ رأس المال من يد المضارب.

فلو دفع رجل إلى آخر ألف دينار مضاربة بالنصف، فربح ألفاً فاقتسما الربح، ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال، فهلك[2] في يد المضارب بعد قسمة الربح، فلا تصح هذه القسمة، ويكون ما قبض رب المال محسوباً عليه من رأس ماله، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفي رأس ماله، فإن فضل ربح فهو بينهما.

والدليل على أن رب المال يأخذ رأس ماله قبل قسمة الربح: هو ما روي عن

---

(١) البدائع، المصدر السابق: ص١٠٧.

(٢) أي رأس المال.

الرسول ﷺ أنه قال : « مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه »[1] فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ؛ لأن الربح زيادة ، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل .

وإذا اختلف المضارب مع رب المال في رد المال ، فقال المضارب : قد كنت دفعت إليك رأس مالك قبل قسمة الربح ، وقال رب المال : لم أقبض رأس المال قبل القسمة ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، ويرد المضارب ما قبضه لنفسه لإتمام رأس المال . فإن بقي شيء بعدئذ مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين . وإنما كان الحكم هو قبول قول رب المال ؛ لأن المضارب في هذه الحالة مدعي ، ورب المال منكر ، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه ، لا في التسليم إلى غيره[2] .

ويتفق الحنفية مع المالكية والشافعية في الأظهر عندهم ، في أنه لا يملك العامل حصة من الربح الحاصل بعمله إلا بقسمة المال لا بظهور الربح . وقال الحنابلة والزيدية : إن العامل يملك حصته من الربح بظهوره ولو لم يقسم المال . واتفق الفقهاء على أنه يجب على العامل أن يسلم لرب المال أولاً رأس ماله ، فلا يستحق شيئاً من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه . وما زاد عنه فهو ربحه ، ويكون بين العامل ورب المال بحسب الشرط[3] .

٤ ـ وأما حق رب المال : فهو أن يأخذ حصته من الربح المسمى إذا كان في المال ربح ، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب[4] .

---

(١) ذكره الكاساني في البدائع : ١٠٧/٦ ، ولم أجده في كتب الحديث المشهورة .

(٢) البدائع : ١٠٧/٦ وما بعدها ، المبسوط : ٢٠/٢٢ ، ١٠٥ ، تبيين الحقائق : ٦٨/٥ ، رد المحتار : ٥١١/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٣١٨/٢ ، المغني : ٥١/٥ ، غاية المنتهى : ١٧٥/٢ .

(٤) البدائع . المرجع المذكور : ص١٠٨ .

المطلب الرابع ـ حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب :

قد يختلف رب المال والمضارب في أمور تتعلق بتنفيذ مقتضى المضاربة كالاختلاف في عموم التصرفات أو خصوصها ، وفي تلف المال ، وفي رد المال ، وفي قدر الربح المشروط ، وفي قدر رأس المال .

فإن اختلفا في عموم التصرفات أو خصوصها ، فيقبل قول من يدعي العموم ، كأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم الأشخاص الذين يضارب معهم ، وادعى الآخر نوعاً دون نوع ، ومكاناً دون مكان ، وشخصاً دون شخص ، فيقبل قول مدعي العموم ؛ لأنه يتفق مع مقصود عقد المضاربة ، إذ المقصود من العقد هو الربح ، وهذا المقصود يتحقق بنحو أوفر في التعميم .

وكذلك يقبل قول من يدعي الإطلاق إذا اختلفا في الإطلاق والتقييد كأن قال رب المال : أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها ، وقال المضارب : ما سميت لي تجارة بعينها ، فيقبل قول المضارب مع يمينه ؛ لأن الإطلاق أقرب إلى تحقيق المقصود من العقد .

أما لو اختلف المتعاقدان في النوع المخصص للمضاربة فيه ، فقال رب المال : دفعت المال إليك مضاربة في القماش ، وقال المضارب : في الحبوب ، فالقول قول رب المال ؛ لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد ؛ لأن المضاربة تصلح في النوعين فيرجح أحدهما بالإذن الصادر من رب المال[1] .

ب ـ وإن اختلف رب المال والمضارب في تلف المال ، فادعاه المضارب وأنكره رب المال ، أو اختلفا في الخيانة أو « التعدي » فادعاها رب المال وأنكر المضارب ،

---

(١) البدائع : ٦/١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧/٨٧ ، المبسوط : ٢٢/٤٢ ، تبيين الحقائق : ٥/٧٥ .

فالقول قول المضارب باتفاق العلماء ؛ لأن المضارب ـ كما عرفنا ـ أمين ، والأصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالوديع .

جـ ـ وإن اختلف العاقدان في رد المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، كما بينا ، ولأن المضارب قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله بالنسبة للرد كالمستعير .

وعند المالكية والشافعية في الأصح : القول هو قول المضارب ، لأنه مأمون كالوديع[(١)] .

د ـ وإن اختلفا في قدر رأس المال يقبل قول المضارب باتفاق الفقهاء[(٢)] كأن قال رب المال : دفعت إليك ألفين ، وقال المضارب : دفعت إلي ألفاً ، فيقبل قول المضارب ؛ لأن المتعاقدين اختلفا في مقدار المقبوض ، فكان القول قول القابض بدليل أنه لو أنكر القبض أصلاً ، وقال : لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله ، فكذا لو أنكر البعض دون البعض .

ولو اختلف المتعاقدان في قدر رأس المال وفي مقدار الربح أيضاً ، كأن قال رب المال : رأس المال ألفان ، والمشروط ثلث الربح . وقال المضارب : رأس المال ألف ، والمشروط نصف الربح ، فقال الحنفية والحنابلة : القول قول المضارب أيضاً في قدر رأس المال ، وقول رب المال في مقدار الربح .

هـ ـ وإذا اختلف رب المال مع المضارب في مقدار الربح المشروط في العقد : فقال الحنفية والحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : القول قول رب المال ، مثل أن

---

(١) البدائع : ٦/١٠٨ ، المغني : ٥/٧٠ ، مغني المحتاج : ٢/٣٢٢ ، المهذب : ١/٣٨٩ ، الشرح الكبير : ٣/٥٣٦ ، غاية المنتهى : ٢/١٧٨ .

(٢) تبيين الحقائق : ٥/٧٤ ، البدائع : ٦/١٠٩ ، تكلمة فتح القدير : ٧/٨٦ ، المبسوط : ٢٢/٢٧ ، بداية المجتهد : ٢/٢٤١ ، مغني المحتاج : ٢/٣٢١ ، المهذب : ١/٣٨٩ ، المغني : ٥/٦٩ ، غاية المنتهى : ٢/١٧٨ .

يقول المضارب : شرطت لي نصف الربح ، فيقول رب المال : بل ثلثه ، فيقبل قول رب المال ؛ لأن صاحب المال ينكر الزيادة على النصف والقول قول المنكر[1] ؛ لأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه »[2] .

وقال المالكية : القول قول المضارب بيمينه في قدر جزء الربح ؛ لأنه أمين ، وذلك بشرطين : أولهما ـ أن يأتي بما يشبه أحوال الناس في المضاربة . وثانيهما ـ أن يكون المال ما زال موجوداً في يد المضارب حساً أو معنى ، ككونه وديعة عند شخص أجنبي[3] .

وقال الشافعية : إذا اختلفا في القدر المشروط للعامل من الربح ، كأن قال : شرطت النصف ، فقال المالك : بل الثلث ، تحالفا ، كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن ، فلا ينفسخ العقد بالتحالف ، بل يفسخانه أو يفسخه أحدهما أو الحاكم . ويكون للعامل حينئذ أجرة المثل لعمله ، بالغة ما بلغت ، لتعذر رجوع عمله إليه ، فوجب له قيمته وهو الأجرة[4] .

و ـ وإن اختلف المتعاقدان في صفة رأس المال ، فقال رب المال : دفعت إليك مضاربة أو وديعة أو بضاعة لتشتري به وتبيع[5] ، وقال العامل : بل أقرضتني المال ، والربح لي ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ؛ لأن الشيء المدفوع ملكه ،

---

(١) المبسوط : ٢٢/٨٩ ، البدائع : ٦/١٠٩ ، المغني : ٥/٧٠ ، غاية المنتهى : ٢/١٧٨ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس ، ولفظه عند البيهقي في سننه : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» (انظر نصب الراية : ٤/٩٦) وهناك حديث أخرجه الترمذي والدارقطني في سننيهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته : «البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه» (راجع نصب الراية : ٤/٣٩٠) .

(٣) الشرح الكبير : ٣/٥٣٧ ، بداية المجتهد : ٢/٢٤١ .

(٤) مغني المحتاج : ٢/٣٢٢ ، المهذب : ١/٣٨٩ .

(٥) أي أن الربح جميعه لرب المال ، لأن العامل لم يطلب لعمله بدلاً ، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية ، فكان وكيلاً متبرعاً ، وهذا هو معنى البضاعة .

فالقول قوله في صفة خروجه عن يده ، ولأن المضارب يدعي على رب المال التمليك ، وهو منكر[1] ، وذلك كالخلاف في نوع رأس المال .

ولو قال رب المال : أقرضتك ، وقال المضارب : دفعت إلي مضاربة فالقول قول المضارب باتفاق العلماء[2] ؛ لأنها اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ، ورب المال يدعي على المضارب الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله .

المطلب الخامس ـ مبطلات المضاربة

تبطل المضاربة في الحالات التالية[3] :

١ ـ **الفسخ والنهي عن التصرف أو العزل :** تبطل المضاربة بالفسخ ، وبالنهي عن التصرف أو العزل إذا وجد شرط الفسخ والنهي : وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي ، وأن يكون رأس المال ناضاً أي نقداً وقت الفسخ والنهي ، حتى يتبين ما إذا كان هناك ربح مشترك بين المضارب ورب المال ، فإن كان متاعاً لم يصح العزل . ويترتب عليه أنه إذا لم يعلم المضارب بالفسخ أو بالنهي وتصرف ، جاز تصرفه ، وإذا علم بالعزل وكان المال أمتعة « عروضاً » فله أن يبيعها لينض رأس المال ويظهر الربح ، ولا يملك رب المال عندئذ نهيه عن البيع لما فيه من إبطال حقه . وهذا متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة .

٢ ـ **موت أحد العاقدين :** إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة عند الجمهور ؛ لأن المضاربة تشتمل على الوكالة ، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل .

---

(١) تبيين الحقائق : ٥/٧٥ ، تكملة فتح القدير : ٧/٨٦ ، البدائع : ٦/١١٠ ، المبسوط : ٢٢/٩١ ، المغني : ٥/٧١ .

(٢) المراجع السابقة ، الشرح الكبير : ٣/٥٣٦ ، مغني المحتاج : ٢/٣٢١ .

(٣) البدائع : ٦ ص١١٢ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص٧٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص٦٦ ومابعدها ، مجمع الضمانات : ص٣٠٨ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ ص٥١٠ ، وانظر مغني المحتاج : ٢ ص٣١٩ وما بعدها ، المهذب : ١ ص٣٨٨ ، المغني : ٥ ص٥٨ ، كشاف القناع : ٢ ص٢٦٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص٥٣٥ .

ويتم بطلان المضاربة سواء علم المضارب بموت رب المال أم لم يعلم ؛ لأن الموت عزل حكمي ، فلا يقف على العلم ، كما في الوكالة .

وقال المالكية : لاتنفسخ المضاربة بموت أحد العاقدين ، ولورثة العامل القيام بالمضاربة إن كانوا أمناء ، أو يأتوا بأمين[1] .

٣ ـ **جنون أحد العاقدين :** تبطل المضاربة بجنون أحد المتعاقدين إذا كان عند غير الشافعية مطبقاً ؛ لأن الجنون يبطل الأهلية ، وكل ماتبطل به الوكالة تبطل به المضاربة ، مثل الإغماء والحجر على رب المال نفسه . أما الحجر على المضارب للسفه فإنه لاينعزل عند الحنفية ؛ لأنه يصبح حينئذ كالصبي المميز ، والمميز عندهم أهل لأن يوكل عن غيره ، فكذلك السفيه .

٤ ـ **ارتداد رب المال عن الإسلام :** إذا ارتد رب المال عن الإسلام ، ومات أو قتل على الردة ، أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه ، بطلت المضاربة من يوم الردة عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن اللحوق بدار الحرب بمنزلة الموت ، وهو يزيل أهلية رب المال بدليل أن المرتد يقسم ماله بين ورثته .

وإذا ارتد المضارب فالمضاربة على حالها لتوافر أهليته ، حتى إنه لو اشترى وباع وربح ، ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع مافعل مما ذكر جائز ، والربح بينهما على ماشرطا ؛ لأن عبارة المرتد صحيحة لتوافر التمييز والآدمية دون خلل فيهما .

ويلاحظ أنه إذا صار رأس المال متاعاً ، فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال « أي يتحول إلى النقدية » ، وحينئذ لاينعزل المضارب بالعزل والنهي ولا بموت رب المال ولا بردته أيضاً[2] .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨٣ .

(٢) المبسوط : ١٩ ص ١٠٤ ، ٢٢ ص ٨٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٧٦ ، البدائع ، المرجع السابق .

٥ ـ هلاك مال المضاربة في يد المضارب : إذا هلك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً بطلت المضاربة ؛ لأن المال تعين لعقد المضاربة بالقبض ، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة .

وكذا تبطل المضاربة باستهلاك المضارب مال المضاربة أو إنفاقه أو دفعه إلى غيره ، فاستهلكه ، حتى إن المضارب لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة . فإن أخذ المضارب مثل المال من الذي استهلكه ، كان له أن يشتري به على المضاربة .

هذه هي الحالات التي تبطل بها المضاربة كما ذكر الحنفية . وإذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس ، وامتنع المضارب عن تقاضي الديون وقبضها : فإن كان المضارب قد ربح ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لأنه بمنزلة الأجير ، والربح كالأجر له ، والأجير مجبور على العمل فيما التزم . وإن لم يكن هناك ربح لم يلزمه اقتضاء الدين ، لأنه يعتبر وكيلاً ، والوكيل متبرع ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به ، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين ، حتى يمكنه قبضه ؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا تثبت ولاية القبض لرب المال إلا بالحوالة من العاقد ، فيلزمه أن يحيله حتى لا يضيع حقه .

وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ؛ لأن الربح تابع للمال ، ورأس المال أصل له ، ولا يعتبر التبع قبل حصول الأصل ، فيكون صرف الهلاك إلى التابع أولى . فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب ؛ لأنه أمين .

الشركات بين القديم والحديث في الفقه الإسلامي

الإسلام دين الحياة كما هو معروف ، فما من كسب مشروع حلال إلا أقرته الشريعة ، وما من كسب مشبوه يوقع في النزاع والجدال ، ويحطم علاقات الود والتعاون بين الناس إلا حظرته الشريعة ، وأوصدت الباب أمامه ، فالشريعة مع الناس يسراً وسماحة إذا تحققت مصالحهم دون تصادم بينهم ، وهي لا تقرهم إذا هم أوقعوا أنفسهم في متاهات الجهالة والمنازعات والظلم والاستغلال ، وعليه نظمت الشركات في الإسلام على أساس التراضي المشترك ، والعدل ، ومراعاة المصالح ، والأعراف الصحيحة المشروعة ، وأن الأصل في العقود هو الإباحة والحل ، وماأجمل قول الفقهاء في هذا الصدد : « الشركة تنعقد على عادة التجار » .

ومن أهم موارد الكسب المشروع ثلاثة هي : التجارة والصناعة والزراعة ، وقد يقوم الفرد عند استطاعته بها ، والغالب أنه يحتاج إلى التعاون مع غيره ، لعدم توافر القدرات والإمكانات المالية أو البشرية لديه ، سواء بالنسبة للخبرة الفنية ، أو الجهد ، أو من أجل التخفيف من احتمالات المخاطر التي قد تصادف المرء في خضم الحياة الرهيب . ومن هنا شرعت الشركة في الشرائع السماوية ؛ لأن التعاون بين الناس أمر ضروري ، وقد قص القرآن الكريم علينا على لسان داود عليه السلام نبأ الشركاء فقال تعالى : ﴿ وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ، إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، وقليل ما هم ﴾[1] ، وأشرك الله بعض الورثة في بعض الأنصبة فقال عن الإخوة لأم : ﴿ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ .

---

(١) الخلطاء هنا أي الشركاء.

وأكدت السنة النبوية مبدأ مشروعية الشركة ، ففي الحديث القدسي : « إن الله عز وجل يقول : أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما » والمعنى : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، أمدهما بالمعونة في أموالهما ، وأنزل البركة في تجارتهما ، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما . وقد أقر النبي ﷺ تعاون الناس بالشركة ، كما في أحاديث كثيرة ، وقال : « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وصح أن السائب بن أبي السائب قال للنبي ﷺ بعد بعثته : « كنت شريكي في الجاهلية ، فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني » [أي لا تمانعني ولا تحاورني] رواه أبو داود . ولفظ ابن ماجه : « كنت شريكي ونعم الشريك ، كنت لا تداري ولا تماري » وجاء السائب يوم الفتح ، فقال له النبي عليه السلام : « مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري » .

والشركة كما أبان الحنفية هي : عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح .

وتعددت أنواع الشركات قديماً وحديثاً ، إما على أساس الاشتراك في الأموال ، أو في الأعمال والتصرفات ، أو في الضمان (الالتزام) .

فشركة الأموال تعتمد على عنصر الاشتراك في رأس المال . وشركة الأعمال تعتمد على الحرفة والصنعة وضمان العمل ، وشركة الوجوه ترتكز على عنصر ثقة الناس بالشريكين ، من غير أن يكون لهما رأس مال .

وقد أجاز فقهاء الحنفية والزيدية كل أنواع الشركات : الإجبارية وهي شركات الأملاك ، والاختيارية وهي شركات العقود . ومن أهم أنواع الشركات في الماضي والحاضر : شركة المضاربة وهي التي يكون المال فيها من جانب ، والعمل من جانب آخر ، أجازها الشرع لحاجة الناس إليها ، إذ قد يوجد ذو المال الذي لا يتمكن من التصرف فيه ، ويوجد من يحسن التصرف ولا مال له ، ويوزع الربح بينهما

حسب الاتفاق، ويتحمل صاحب رأس المال الخسارة وحده، ويكفي العامل ضياع جهده وعمله.

وتعارف الناس في عصرنا الحاضر أنواعاً جديدة من الشركات، نظم القانون المدني بعضها كشركة التضامن والتوصية البسيطة والمساهمة وغيرها، وأغفل تنظيم بعضها الآخر كشركة المحاصة والشركة على البهائم، وشركة السيارات إما مع إجارة أو بدون إجارة، ولا بد لنا من بيان حكم هذه الشركات في الشريعة، لكثرة سؤال الناس عنها، وتعارفهم ألواناً من الشركات قد تكون معقدة وغير جائزة.

واكتفى القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة ببيان أحكام بعض أنواع الشركات بنحو خاص وهي شركة الأعمال، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة في المواد ٦١١ ـ ٦٣٥ بعد بيان الأحكام العامة للشركات بوجه عام في المواد ٥٨٢ ـ ٦١٠ وقد استقى هذا القانون أحكام شركتي الأعمال والوجوه من المذهبين الحنفي والحنبلي، وأحكام شركة المضاربة من المذهب الحنفي.

والقانون المدني الوضعي في سورية ومصر قسم الشركات إلى قسمين: شركات أشخاص وشركات أموال.

أما شركات الأشخاص: فهي التي يبرز فيها العنصر الشخصي، فتقوم على شخصية الشركاء والثقة المتبادلة بينهم، بصرف النظر عن المال الذي يقدمه كل شريك. وهي تشمل شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة.

وأما شركات الأموال فهي التي تعتمد عند تكوينها على عنصر المال، بقطع النظر عن شخصية الشريك، وهي تشمل شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

فما حكم كل نوع من هذه الأنواع في الشريعة الإسلامية؟

١ ـ **شركة التضامن :** وهي الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار في جميع أنواع التجارات أو في بعضها ، ويكون الشركاء فيها مسؤولين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة ، ليس في حدود رأس المال فقط ، بل قد يتعدى ذلك إلى الأموال الخاصة لكل شريك .

ويلاحظ أن لعنصر الضمان (أو الكفالة أو الالتزام) في هذه الشركة شبهاً فيما تتميز به شركة المفاوضة التي لم يجزها غير الحنفية والزيدية ، وهي التي تتطلب الاشتراك في عموم التجارات ، بشرط التساوي بين الشركاء في رأس المال والتصرف والدين أي الملة ، ويكون كل شريك كفيلاً عن الآخر فيما يلتزم به من التزامات تتعلق بالشركة . وبما أن تحقيق المساواة بين الشركاء أمر عسير ، لاحتمال حدوث زيادة في أموال كل من الشركاء ، فتصبح هذه الشركة نادرة الوجود ، أو قصيرة الأجل وعديمة الاستمرار ، مما يجعلها سريعة التحول والانقلاب إلى شركة عنان .

وشركة العنان لاتتطلب المساواة في المال ولا في التصرف ولا في الملة ، وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه ، والربح بينهما . فيجوز أن يكون مال أحدهما أكثر من الآخر ، كما يجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً عن الشركة ، والآخر غير مسؤول ، فليس فيها كفالة ، فلا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات ، أما تصرفات شريكه فهو غير مسؤول عنها . ويقسم الربح بينهما حسب شرطهما الذي اتفقا عليه عند جمهور الفقهاء (خلافاً للشافعي فإن الربح عنده على قدر المال) ، فيجوز أن يزيد ربح أحدهما عن الآخر بسبب خبرته في التجارة ، مع التساوي في رؤوس الأموال أو التفاوت فيها ، وتكون الوضيعة أو الخسارة على قدر رأس المال باتفاق المذاهب عملاً بالحديث « الربح على ما شرطا ، والوضيعة على قدر المالين » ولا مانع في تقديري خلافاً لرأي الكمال بن الهمام الحنفي من اشتراط الكفالة في شركة العنان ، فيصبح كل شريك كفيلاً عن صاحبه وضامناً له ؛ لأن الكفالة عقد تبرع ، وقد شرطها الشريكان ، وهي جائزة في غير الشركة ، وإذا جازت الكفالة بين

شخصين لا علاقة مالية بينهما ، فلأن تجوز بين شخصين ارتبطا بعقد الشركة أولى . ويؤكد ذلك أن الأصل في العقود هو التراضي ، والشركة عقد يقوم على التراضي ، فيلزم الوفاء بكل شرط لا يصادم النصوص الشرعية .

٢ ـ شركة التوصية البسيطة : هي الشركة التي تعقد بين شركاء بعضهم متضامنون ، وبعضهم موصون ، فالمتضامنون هم الذين لهم أموال ويقومون بأعمال إدارة الشركة ، وهم مسؤولون عن الإدارة ، متحملون لالتزاماتها ، متضامنون في هذه المسؤولية وفي إيفاء ديون الشركة . والموصون : يقدمون المال ، ولا يسألون عن إدارتها ، ولا يتحملون التزاماتها .

وهذه الشركة جائزة أيضاً ، لأن فقهاءنا أجازوا في شركة العنان أن يشترط العمل لأحد الشريكين ، ويسأل عنه دون غيره ، ويجوز بناء على ذلك أن تشترط زيادة الربح للعامل ، أو يقدر له مرتب خاص ، ويكون أجيراً . ولافرق بين أن يكون المسؤول عن إدارة الشركة شريكاً واحداً أو أكثر ، وغير المسؤول واحداً أو أكثر ، فاشتراط الكفالة والمسؤولية بين الفريق الأول دون الثاني جائز ، كما بيّنا في شركة التضامن .

كما أنه يمكن جعل هذه الشركة نوعاً من أنواع شركة المضاربة ، الشريك المتضامن هو المضارب ، المتصرف في الشركة ، المسؤول عن الحقوق المتعلقة بها أمام الغير . والشريك الموصي هو رب المال في شركة المضاربة ، وهو غير مسؤول عن إدارة الشركة ، ولا يضمن لأصحاب الحقوق المتعاملين حقوقهم ، ولا يتحمل من الالتزامات إلا خسارة رأس ماله في حالة الخسارة ، ولا يسأل العامل المضارب عن الخسارة فيما يسمح له من التصرفات ، ويكون المضارب حر التصرف بحسب عادة التجار ، وتوزع الأرباح على حسب الاتفاق بين المتشاركين في شركة المضاربة .

والخلاصة : أن هذه الشركة تعتبر شركة مضاربة مع بعض الفروق الطفيفة

بينهما في الأحكام الفقهية . ويلاحظ أن انتشار شركات المساهمة حدَّ كثيراً من انتشار شركات التوصية ؛ لأن شركات المساهمة تمارس عادة نشاطاً واسعاً في الاستثمارات ، وكثيراً ما يكون التوفيق حليفها لما يتوفر لها من رؤوس أموال كبيرة . ومزية شركة التوصية تتحقق في شركة المساهمة ، وهذه المزية هي أن المساهم لا يكتسب صفة التاجر ، ولا يسأل إلا في حدود قيمة الأسهم التي اكتتب فيها .

٣ـ **شركة المحاصة :** هي عقد كباقي العقود ، بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال ، أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، إلا أنها تمتاز بخفائها عن الجمهور ، فليس لها رأس مال شركة ، ولا عنوان شركة ، فهي غير معروفة من الناس ، وليس لها وجود ظاهر ، وليس لها شخصية معنوية مستقلة كباقي الشركات . فهي شركة وقتية كالتي تنشأ في مَزَاد مثلاً أو في صفقة خاصة تنتهي بانتهائها ، وتصفى الأرباح عقب الفراغ منها . فالذي يبرز منها شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه ، وتبقى الشركة مستترة ، ليس لها شخصية اعتبارية .

وهذه الشركة إجمالاً جائزة شرعاً ؛ لأنها نوع من أنواع شركة العنان ، ليست فيها مساواة ، ولا تضامن ، ولا تكافل ، وهي مغقودة على نوع خاص من أنواع التجارات ، والربح يوزع فيها حسب الاتفاق ، والخسارة تكون حسب رؤوس الأموال التي استعملت فيها .

وبصفة دقيقة تعد شركة المحاصة شركة عنان إذا كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بين الشركاء . وتعد شركة عنان ومضاربة إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته ، لكنه سلمها لواحد لاستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة الكل ، على أن يقتسموا الربح أو الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص . فالمال المقدم من أصحابه إلى أحدهم يعد مضاربة ، ويكون الشريك المتصرف مضارباً ، لكنه لما كان متقدماً بجزء من رأس المال فهو شريك عنان أيضاً ، كما أنه إذا تصرف معه بعض

الشركاء في إدارة الشركة ، كانت الشركة شركة عنان بينهم . وأما الذين لم يساهموا في الإدارة فهم شركاء مضاربون . ومن المعلوم أن شركة المفاوضة : هي اشتراك أنواع من شركة العنان والوجوه والأبدان ؛ لأن ماصح بانفراده ، صح مع غيره . فيجوز بناء عليه تعدد أنواع من الشركات في شركة واحدة .

٤ ـ **شركة المساهمة :** هي أهم أنواع شركات الأموال ، وهي التي يقسم فيها رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية ، يطلق على كل منها سهم غير قابل للتجزئة ، ويكون قابلاً للتداول . وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الاسمية لأسهمه . ويعتبر مدير الشركة وعمالها أجراء عند المساهمين ، لهم مرتبات خاصة ، سواء أكانوا مساهمين أم غير مساهمين . وليس لمدير الشركة أن يستدين عليها بأكثر من رأس مالها ، فإن فعل ضمن هو ، ولا ضمان على المساهمين إلا في حدود أسهمهم . وتوزع الأرباح بنسبة الأسهم أي بنسبة رؤوس الأموال . وتسمى شركة مغْفَلة لإغفال الاعتبار الشخصي فيها ، وإنما الاعتبار الأول في تكوينها هو للمال ، وليس لشخصية الشركاء ، بل لا يعرف الشركاء بعضهم بعضاً ، ولا يعرفون شيئاً عن إدارة الشركة إلا ما يعرضه مجلس إدارتها على الجمعية العمومية عند اجتماعها كل سنة . ورأى المشرع الوضعي قصر نشاط الشركات المساهمة على المشروعات الكبيرة نسبياً التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة لا تتوافر عادة لدى الأشخاص ، كصناعة الغزل والنسيج ، والمنسوجات القطنية وغيرها ، والحديد والصلب ، والخزف ونحو ذلك .

وهذه الشركة جائزة شرعاً ؛ لأنها شركة عنان ، لقيامها على أساس التراضي ، وكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين ، ولا مانع من تعدد الشركاء ، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابه لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة . ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه ، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال . وإصدار الأسهم أمر جائز شرعاً . أما إصدار السندات أي القروض بفائدة فلا يحل شرعاً .

٥ ـ شركة التوصية بالأسهم : هي التي تضم نوعين من الشركاء :متضامنين ومساهمين ، والمساهمون كالشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة ، لا يسأل الواحد منهم إلا في حدود الحصة التي يقدمها ، إلا أن المساهمين عددهم أكثر بحيث يسمح بقيام جمعية عمومية منهم ، ويختلف المساهم عن الموصي في أن الأول يملك أسهماً قابلة للتداول ، بعكس الثاني . ولا اعتبار لأشخاص الشركاء ، وإنما الاعتبار لأموالهم في هذه الشركة .

وهي شركة جائزة شرعاً ؛ لأنها نوع من شركات العنان التي يشترط فيها التضامن بين بعض الشركاء ، وتلك كفالة جائزة . وحرية الشريك المتضامن بالتصرف مستمدة من إذن الشركاء الآخرين . وعمل المتضامنين في أموال المساهمين خاضع لأحكام شركة المضاربة ، ولامانع من كون بعض الشركاء مساهمين كما بينا في شركة المساهمة ؛ لأن تقديم الحصة بالأسهم جائز شرعاً ، خصوصاً إذا انحصر عدد المساهمين ، وعرف بعضهم بعضاً .

٦ ـ الشركة ذات المسؤولية المحدودة : هي شركة تجارية كباقي شركات الأموال ، ولا اعتبار فيها لشخصية الشركاء ، واشترط القانون فيها ألا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً ، لا يكون كل منهم مسؤولاً إلا بقدر حصته . فهي تجمع بين خصائص شركات الأموال وشركات الأشخاص . ففيها من شركات الأموال أن مسؤولية الشريك محدودة بمقدار حصته ، وأن حصته تنتقل إلى ورثته ، وإدارتها كما في شركات المساهمة ، يجوز أن يعين لها مدير من المساهمين أو من غيرهم بمرتب محدد ، ويكون أجيراً ، أو يديرها أحد الشركاء نظير جزء من الأرباح . وفيها من شركات الأشخاص أن الشريك يكون صاحب حصة في الشركة وليس مساهماً ، ولا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول كالأسهم التجارية . وأهم مايميزها أنها تتم بالاشتراك الشخصي لا بالاكتتاب العام .

وكل ذلك جائز شرعاً ، وتعتبر هذه الشركة من شركات العنان ، وقد يكون

فيها بعض خصائص المضاربة كما في تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته ، كما أن رب المال في المضاربة لا يسأل إلا في حدود رأسماله .

والخلاصة : أن هذه الشركات التي أقرها القانون المدني ليست غريبة عن قواعد الفقه الإسلامي ، وإنما هي منسجمة مع أنظمة الشركات التي عرفها فقهاؤنا ، ولكنها متطورة بحسب حاجة العصر وعرفه ، فشركات الأشخاص تعتبر جميعها من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف في بعض الأحكام بين الشريعة والقانون حسبما تقتضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور . وشركات الأموال تعتبر في الغالب من قبيل شركات العنان ، مع بعض أوصاف شركة المفاوضة في حال التضامن ، أو أوصاف شركة المضاربة في حال تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته فقط . والإدارة توكيل في القيام بالأعمال ، إذا كان المدير شريكاً مساهماً ، والوكالة تصح بأجر أو بغير أجر أو أن المدير أجير بعقد الاستئجار أو التوظف إذا كان غير مساهم ، فهو يعمل بأجر بحكم التوظف ، لا بحكم المشاركة .

شركات السيارات : كثيراً ما تنعقد الشركة في ملكية سيارة شاحنة أو صغيرة سياحية أو لنقل الركاب ، ويكون بعض الشركاء ملاكاً لحصص معينة ، وواحد منهم سائق للسيارة وشريك يملك بعض الأسهم معاً ، ويتقاضى السائق عادة أجراً أو راتباً شهرياً معيناً ، وقد يوافق مالك السيارة على أن يتنازل عن ربعها مثلاً للسائق على أن تسدد قيمة الربع من الأرباح في المستقبل . وهذا كله جائز لتعارف الناس ؛ لأن الشركة تنعقد على حسب العادة ، وهي مبنية على التوسع والمسامحة ، وتنعقد أيضاً على الضمان أو على ذمم الشركاء أو على عملهم ، والشركة تنبني على الوكالة أو على الوكالة والكفالة . ويأخذ السائق حصته من الأرباح ، كما يتقاضى الأجر المتفق عليه ، ولا مانع من أن يكون الأجر مقطوعاً محدداً أو مسمى ، أو جزءاً نسبياً من الربح . وقد بيّنا في بحث شركة المساهمة وشركة التضامن أنه لا مانع شرعاً من اعتبار مدير الشركة أجيراً موظفاً على العمل . ولا مانع من وجود صفتي الشركة والإجارة ، في

شيء واحد ، لأن المنع من وجود عقدين في عقد أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكمته وهو عدم إثارة النزاع والجدال ، وعدم المنازعات جرى عليه العرف والعادة ، فلم يعد الشرط مفسداً ،وللناس فيها حاجة .

شركة البهائم : تقوم شركات متعددة في وقتنا الحاضر بين الناس لرعي الماشية أو لتربية الأبقار والأغنام ، فيقدم المال من شريك ، والعمل من الشريك الآخر ، وقد يشترك الشريكان في دفع ثمن البهائم ، ثم ينفرد أحدهما في العمل إما بالرعي أو بتقديم الطعام والشراب ، والحراسة والتنظيف . وذلك كله جائز شرعاً بشرط انتفاء الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع والخصام ، ولا تضر الجهالة اليسيرة التي لا تفضي إلى التنازع ، ويتسامح الناس فيها عادة . وبناء على هذا المبدأ يعرف حكم الصور الآتية :

١ ـ إذا اشترى شخص بعض البهائم ، ودفع ثمنها كله من ماله ، وتعهد شخص آخر بتربيتها وشراء الطعام لها ، فهذه الشركة لا تصح ؛ لأن ما يشتريه العامل من الطعام مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى المنازعة فيفسد أو يبطل العقد .

٢ ـ إذا كان ثمن العلف يستوفى مما تنتجه البهائم من ألبان ، ويوزع باقي ريع اللبن على الشريكين ، فلا تصح الشركة ، إذ قد يكفي اللبن للطعام وقد لا يكفي . فإذا تكفل صاحب رأس المال بما قد تحتاجه من طعام ، صح العقد .

٣ ـ إذا اقتصر عمل العامل على التربية والرعاية والإطعام . وتكفل أوتعهد رب المال بأثمان النفقات والطعام ، صحت الشركة ، وتكون شركة مضاربة . ولا يقال : إن تناول الحيوان طعامه باختياره أمر طبيعي ، لا أثر له في نمو وزيادة الحيوان ، كما تصور الحنفية ؛ لأن عمل العامل ضروري من تقديم الطعام بنسب معينة وفي وجبات مخصصة ، والقيام بالخدمة والإشراف والتنظيف والرعاية ، وفي ذلك أثر ملحوظ في تسمين الحيوانات وزيادة سعرها وتحسين نتاجها .

٤ ـ إذا اشترك اثنان في دفع ثمن الحيوان ونفقة الطعام والشراب ، وتبرع أحدهما

بالخدمة ، صحت الشركة ؛ لأنها اقتصرت على المشاركة في رأس المال ، دون العمل .

٥ ـ الصورة الغالبة الآن : هي الاشتراك في أثمان الماشية ، وأخذ الراعي أو العامل ألبان الماشية وأسمانها نظير القيام بما يلزمها من خدمة وعناية ورعاية ، وأما النتاج من أولاد وأصواف فيقسم بين الشريكين مناصفة . هذه الشركة جائزة شرعاً كما قررت لجنة الفتوى بالأزهر عام ١٩٤٨ ، لتعامل الناس بها وتعارفهم عليها ، وحاجتهم إليها ، ولم يوجد نص يحظرها من كتاب أو سنة أو إجماع ، ولا يترتب عليها حدوث منازعات وعداوات ، فتجوز تيسيراً على الناس ، وأما الجهالة فهي يسيرة لا تفضي إلى المنازعة .

والخلاصة : أن دين الله يسر لا عسر ، والأعراف الصحيحة التي لا تصادم الشريعة معتبرة ، والاجتهاد في ذلك متعين ، والتجديد والتطور أمران ضروريان .

انتهى الجزء الرابع

ويتبعه الجزء الخامس

تتمة العقود، الملكية وتوابعها

فهرس
الجزء الرابع

الموضوعات	الصفحة